جـــامعة الجـــزائر 01
كلية الحقوق

المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير
في الحقوق فرع قانون الأعمال

من إعداد الطالب
صـالح زمـال

تحت إشراف البروفيسور
بن ناجي الشريـف

اللجنة المناقشة

الأستاذ : غــوتي سعــاد رئيسا
الأستاذ : الشريف بن ناجي مشرفا مقررا
الأستاذة: نصيــرة طـويـل عضوا

السنة الجامعية: 2011.2012

إهداء

إلى الوالدين الكريمين

إلى أخواتي وإخوتي

إلى أصدقائي

زملائي وزميلاتي

إلى كل الطلبة الذين لا ييأسون ويؤمنون أن الصبح لناظره لقريب.

إلى كل من له الفضل علي

أهدي هذا العمل

شكر وامتنان

ليس أحق في هذا المقام بالشكر من الله والوالدين مصداق لقوله تعالى

﴿أن أشكر لي ولوالديك إلي المصير﴾ لقمان الآية 14

فأقول:

ملء الفؤاد أول حمـــدا خـــالقي   حمدا يتـرجم مـا يجيش بخافقي
لـولاه مـا خطت يميـني صفحة   ولما استوى قلمي وأرسل نـــاطقي
فله المحـامد كلها عـد الحصى   ما أنفلق صبح أو أتى مــن غـاسق

كما أرفع أسمى آيات الشكر والامتنان
إلى من يعود له الفضل في إنجاز هذا البحث

إلى الذي أسـدى الجميـل تفضــلا   أستاذنا أكرم به من حاذق
من كان أشرف ناصح وموجه حتى   استقــامت بعد ذلك أوراقي

الأستاذ الفاضل :بن ناجي الشريف

كما أتقدم بالشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة الجزائر.
أتقدم بالشكر الخالص إلى طاقم مكتبة الكلية وكذا السيد مناصر نائب مدير مصلحة الصفقات العمومية بوزارة المالية
إلى كل من ساعدنا ولو بكلمة أو دعاء خفي

صالح زمال

مقدمة:

" مراجعة قانون الصفقات العمومية... جملة من الإحكام التي تمنح الأفضلية للمتعاملين الوطنيين" ... " إلدورادو الجزائر يغلق في وجه المؤسسات الأجنبية"[1] عناوين وغيرها تصدرت الصحافة الوطنية والأجنبية على السواء منذ النصف الثاني من سنة 2008 على إثر تصريحات كبار مسؤولي الحكومة الجزائرية[2] والتي تزايدت بفعل مراجعة قانون الصفقات العمومية في النصف الثاني من سنة 2010، فيما يتعلق بمجال يكاد يكون الأكثر استقطابا للمتعاملين الأجانب لممارسة الأعمال، يأتي هذا نظرا لما يخصص للصفقات من أرصدة مالية يعتبر البرنامج الخماسي 2010-2014 أكثرها جذبا للمتعاملين الوطنيين والأجانب والذي قدر بـ 286 مليار دولار أمريكي أي ما يعادل 21.214 مليار دينار جزائري، وذلك في إطار برنامج الاستثمارات العمومية بشقيه، الأول لاستكمال المشاريع الكبرى الجاري إنجازها قي قطاعات عدة بمبلغ 130 مليار دولار أما الثاني فسيخصص لإطلاق مشاريع جديدة بغلاف مالي يعادل حوالي 156 مليار دولار، ستشمل قطاعات تحسين التنمية البشرية من مؤسسات إعادة التربية، مقاعد بيداغوجية، مؤسسات تكوين مهني، مليوني وحدة سكنية، عيادات متعددة الاختصاصات، في حين سيوجه 40% من موارد البرنامج لتطوير المنشآت القاعدية بـ 3.100 مليار دينار لقطاع الأشغال العمومية، 2.800 للنقل ، 1.800 مليار لتحسين إمكانيات وخدمات الجماعات المحلية وقطاع العدالة[3]، الأمر الذي يفرض حتمية اللجوء إلى مؤسسات أجنبية تتمتع بإمكانات مالية وتقنية لا توفرها المؤسسات الوطنية خاصة فيما يتعلق المشاريع التي تستدعي معرفة تقنية عالية.

---

1 -L'Eldorado algérien se ferme aux entreprises étrangères –www.*Forum-chantiers.com,* Créée le 25/01/2010, 14:39:01.

2- تصريحات وزير الداخلية الأسبق نور الدين يزيد زرهوني لجريدة الشروق اليومي الوطنية " تخصيص نسبة إجبارية من الصفقات العمومية للمؤسسات الوطنية" بتاريخ 11 أفريل 2008.

3 - **Progamme Quinquennal des investissement publics 2010-2014**, Agence Nationale de Développement de l'Investissement (ANDI), *www.ANDI.dz*.

في بلد كالجزائر ونتيجة لهشاشة الطبقة البرجوازية التي تشكل القطاع الوطني الخاص تعد الاستثمارات العمومية الملاذ الوحيد من أجل تأمين تنمية مستدامة في العديد من المجالات، إذ أن تسارع هذه الاستثمارات يعد أحد أهم معالم إستراتيجية التنمية التي انتهجتها الجزائر منذ الاستقلال وهذا في ظل فكرة ***"Paradigme"*** تعتبر أن الدولة هي الوحيدة التي بإمكانها أن تنقذ المؤسسات[1] تأثرا بالموروث الاستعماري الفرنسي الذي تبنى أفكار نموذج الاقتصادي ***J.M Keynes***[2]، من أجل زيادة القدرة الإنتاجية في فرنسا حيث وجهت أحكام الصفقات العمومية طلبات الإدارة نحو القطاع الوطني الفرنسي، أما في الجزائر فإن ضعف القطاع الوطني الخاص جعل الدولة تسارع إلى توجيه طلباتها إلى المؤسسات الأجنبية خاصة في ظل تسارع الاستثمارات العمومية مما جعل دور المتعاملين الأجانب أكثر أهمية ضمن المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة[3]، بل كان ذلك حتى في الفترات التي تميزت باحتكار الدولة ومؤسساتها العمومية للتجارة الخارجية وكذا أسبقية حصولها على الصفقات العمومية.

لعل الارتباط الوثيق بين قانون الصفقات العمومية والواقع الاقتصادي للبلاد والذي يشهد تحولات جذرية بما في ذلك مكانة المتعامل الأبرز في هذه الساحة – المؤسسات الأجنبية- جعل المشرع الجزائري يضطرب ويتردد في معالجة هذا الموضوع، ذلك في خضم عدد هائل من التعديلات في فترة زمنية وجيزة وبنصوص مختلفة متفاوتة في قوتها القانونية بداية من الأوامر والمراسيم التنفيذية وصولا إلى المراسيم الرئاسية، مما يثبت

1- أ.د.الشريف بن ناجي: محاضرات في القانون العام للأعمال – الصفقات العمومية- ألقيت على طلبت الماجستير دفعة 2009-2010، اختارت الجزائر إستراتيجية للتنمية ترتكز أساسا على ثلاث أسس:

- **la planification;**
- **l'investissement public (dans ses deux volet administrative et économique);**
- **la croissance extensive (des investissements de plus en plus important).**

2 - DOUKAKIS.V, **Le modèle keynésien dans l'optique des pays en voie de développement**, in Revue Algérienne des Sciences Juridique Economiques et Politiques (R.A.S.J.E.P) , Vol 10 n°2, Juin 1974, pp:414-431," **J.M.Keynes, afin d'explique les symptômes de la crise et d'y remédier, cherche à dégager les facteurs qui déterminent le revenu national et le niveau d'emploie.**
Son point de départ reste la demande effective (demande de biens de construction et d'équipement)…".

3 - BENNADJI.Ch; **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, Thèse en vue de l'obtention de doctorat d'Etat en droit public, Institue du Droit et de Sciences Administratifs, Université d'Alger, 1991, p:379.

أهمية مثل هذه الدراسة في توضيح الجوانب القانونية التي تخضع لها المؤسسات الأجنبية والتي تستوجب إطلالة على كافة التنظيمات التي أطرت مجال الصفقات العمومية منذ الاستقلال عبر الأمر الصادر سنة 1967 إلى غاية المرسوم الرئاسي لسنة 2010 والتي تغافلت عنها بعض الدراسات السابقة في هذا المجال- استقراءا وتحليلا لأحكام تنظيمات الصفقات العمومية - دون تخصيص مجال لدراسة هذا النمط من المتعاملين، في حين لم تستفض غيرها في توضيح الأحكام التي تخضع لها هذه المؤسسات.

ندرة المراجع والأبحاث المتخصصة التي تناولت المؤسسات الأجنبية في الجزائر عموما وفي مجال الصفقات العمومية خصوصا في نظرة جديدة للصفقات العمومية **كعقد من عقود الأعمال** ***Contrat d'affaire***[1] في الحياة الاقتصادية بعيدا عن جدلية الطبيعة القانونية للصفقات العمومية في مجال العقود الإدارية، إضافة إلى تركيز أغلبها على الجوانب الإجرائية لإبرام وتنفيذ الصفقات لهي أهم الأسباب التي فرضت علينا المضي قدما في هذا البحث، يرافقها الجدل الواسع الذي عجت به الصحف حول هيمنة المؤسسات الأجنبية على حصة الأسد من الاستثمارات العمومية المتمثلة في الصفقات المطروحة حيث يشير بعض الخبراء[2] أن " **الحكومة الجزائرية في الفترة ما بين 2000-2010 من خلال برنامج الإنعاش الاقتصادي ثم برنامج دعم النمو تسامحت كثيرا مع المؤسسات الأجنبية التي منحت لها امتيازات واسعة جدا بخصوص المشاريع على حساب القطاعين العام والخاص**"، كذلك توجيه أصابع الاتهام للمصلحة المتعاقدة في وضع دفاتر شروط على مقاس هذه المؤسسات.

---

1 - يسعى **الأستاذ الشريف بن ناجي** إلى إضفاء طبيعة **عقد الأعمال على الصفقة العمومية التي ظلت لفترة طويلة أساسا لنظرية العقود الإدارية**، استنادا إلى العديد من النصوص القانونية ضمن العديد من كتاباته نذكر منها:

- **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**.

- Réflexion à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie, in Le débat juridique au Maghreb " de l' Etatisme a l'Etat de droit"; étude en l'honneur de AHMED MAHIOU, Editions Publisud, Paris, pp: 100-118.

2- الخبير الاقتصادي بشير مصطفى أستاذ الاقتصاد في جامعة الجزائر في حوار مع جريدة العرب في مقال بعنوان " **التساهل مع الشركات الأجنبية كلفها 50 مليار دولار... الجزائر تقرر مزيدا من الإجراءات لحماية اقتصادها وأموالها**"، عبر الموقع الإلكتروني www.alarab.co.uk بتاريخ 16 جويلية 2010.

ولئن كان لهذه الأسباب من الموضوعية ما هو جدير بالاهتمام فإن منها أيضا ما هو شخصي، ليس فقط لسبق حيازة مثل هذا الموضوع أو لأنه فقط لم يتم تناوله من قبل بصفة قطعية فقليلا ما كانت تتم الإشارة إليه كجزئية من جزئيات المواضيع العامة، إنما يحذوني في ذلك إزالة اللبس الذي يكتنف جوانب كثيرة حول مكانة المؤسسات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية والذي كثيرا ما يلتبس على المهتمين بهذا الشأن بين النصوص القانونية وبين المقالات الصحفية.

إن واقع القطاع الوطني بشقيه العام والخاص وكذا الخطاب السياسي للمسؤولين وفي مقدمتهم رئيس الجمهورية يؤكد على أن المؤسسات الأجنبية تلعب دورا هاما في التنمية الاقتصادية للبلاد نظرا للحاجة الماسة لتطوير البنية التحتية والتجهيزات[1]، إضافة إلى التزام الجزائر بتعهداتها الدولية خاصة تلك المتعلقة بالشراكة مع الاتحاد الأوروبي[2] والمضي قدما نحو الانضمام للمنظمة العالمية لتجارة، إلا أن القواعد والإجراءات الجديدة المفروضة على هذا النمط من المتعاملين في مجال حيوي كالصفقات العمومية يشكل مصدرا هاما لأعمال المؤسسات الأجنبية، هذه الإجراءات التي يرى المحللون القانونيون والاقتصاديون على السواء تراجعا تدريجيا للحكومة عن التزامها بانتهاج اقتصاد السوق، هذا ما يجعل **مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية محل إشكالية والتي لا تزال الجزائر في حاجة لهذا المتعامل لما تملكه هذه الأخيرة من مؤهلات مادية وتقنية تعجز المؤسسات الوطنية عن توفيرها في إنجاز مواضيع الصفقات المطروحة؟ إضافة إلى ما يطرح من تساؤلات فرعية حول تحديد هذا النمط من المتعاملين وشروط منح الصفقات لها وكيفيات تنفيذها؟**

1 - Le Président de La République l'a énoncé clairement: "**Nous avons la responsabilité de préparer pour nos enfants des infrastructures et des équipements modernes à même de leur assurer un meilleur service public, en mesure d'impulser une dynamique forte pour le développement économique et social du pays**". In Algérie autoroute, Editée par le Ministère des Travaux Publics, 06 rue Mustapha Khalef, Ben Aknoun, Alger.

2- مرسوم رئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 27 أفريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالورنسيا يوم 22 أفريل 2002 وكذا ملاحقه من 1 إلى 06 وبروتوكولات من 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة، جريدة رسمية عدد 31 ، صادرة بتاريخ 30 أفريل 2005، تنص المادة 46.1" **يسعى الطرفان من أجل التحرير المتبادل والتدريجي للصفقات العمومية**".

يتوجب علينا قبل الخوض في موضوع مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية أن نحدد بعض المصطلحات التي سيتكرر ذكرها ضمن هذه الدراسة، معتمدين في ذلك على مفاهيمها القانونية دون المفاهيم الفقهية التي يكتنفها الجدل والتي لا يتسع المجال لذكرها، نوجزها فيما يلي:

الصفقة العمومية: تكاد النصوص القانونية التي نظمت الصفقات العمومية طيلة أربعة عقود ونيف منذ صدور الأمر رقم 67-90[1] إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10-236[2]، تكاد تجمع على تعريف قانوني يعتمد على أربعة معايير أساسية هو "**عقود مكتوبة (المعيار الشكلي) تبرمها المصلحة المتعاقدة (المعيار العضوي) وفقا للتشريع المعمول به[3] قصد إنجاز أشغال، إقتناء اللوازم، تقديم الخدمات والدراسات(المعيار المادي) مقابل دفع ثمن محدد (المعيار المالي)**".

المصلحة المتعاقدة: شهد مفهوم المصلحة المتعاقدة تغيرا نظرا للعدد الكبير من التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية، لعل أكثرها تفصيلا تلك التي وردت في المادة 02 في حين وافقت هذه المادة باقي التنظيمات السابقة في الخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية كل الصفقات التي محلها نفقات للإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، الولايات والبلديات، المؤسسات ذات الطابع الإداري، وكذا مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية[4]، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

1- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 17 يونيه سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، بتاريخ 07 جوان 1967.

2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

3- تجدر الإشارة أن عبارة وفقا للتشريع المعمول به لم ترد في الأمر 67-90 إذ جاءت نتيجة لصدور المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية لعام 1402 الموافق لـ 10 أفريل عام 1982 -المعدل والمتمم- ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 13 أفريل 1982، الذي صاغها في الشكل التالي"... **وفقا للتشريع الساري على العقود" في حين اكتفت التنظيمات اللاحقة بعبارة " التشريع المعمول به"**.

4- تتمثل هذه المؤسسات Etablissement public حسب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في :

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي؛
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ؛
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة[1].

تميز مرسوم سنة 2010 بإلزام المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية أن تعتمد أحكامه وتصادق عليه في حال لم تكن خاضعة لأحكام المرسوم وفقا للمطة الأخيرة من المادة 02، بينما تراجع المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23[2] المعدل والمتمم لمرسوم 2010 ليطالبها بتكييف إجراءاتها الخاصة في هذا المجال مع تنظيم الصفقات العمومية، بما يعني عودة المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى حاضرة المتعاملين العموميين الذين يخضعون لأحكام قانون الصفقات العمومية، بعد أن كانت قد أعفيت من تطبيقه.

المتعامل المتعاقد: لم يشهد مفهوم المتعامل المتعاقد تأثرا بالتعديلات العديدة التي مست قانون الصفقات العمومية إذ تجمع كلها على أن المتعامل المتعاقد هو كل شخص طبيعي أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة فرادى أو مجتمعين وهو يشمل بذلك المؤسسات الأجنبية كذلك.

المؤسسة : على الرغم من ورود عبارة المؤسسة في العديد من النصوص القانونية خاصة منها تنظيم الصفقات العمومية إلا أن المؤسسة لم تحض بتعريف قانوني إذ أنها في الحقيقة مصطلح اقتصادي يعرف عموما على أنه هيكل تنظيمي هدفه جمع عوامل الإنتاج من أجل الإنتاج و وتبادل السلع أو الخدمات مع أعوان اقتصاديين آخرين، بغرض تحقيق نتيجة ملائمة ضمن شروط اقتصادية تختلف باختلاف الحيز المكاني والزماني الذي يوجد فيه وتبعا لحجم ونوع نشاطه، إلا أن الأمر03-03 المتعلق بالمنافسة[3] ضم في

1 ـ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ـ المعدل والمتمم، جريدة الرسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 28 يوليو 2002. في مادته 02.

2 ـ المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق لـ 18 جانفي سنة 2012 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 4، صادرة بتاريخ 26 جانفي 2012.

3 ـ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ19 يوليو سنة 2003، جريدة رسمية عدد 43، صادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

أحكامه تعريفا لمفهوم المؤسسة مفاده أن المؤسسة هي "**كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أو الاستيراد**".

ولما كان قانون الصفقات العمومية قد تمت مراجعته وتعديله مرات عديدة تحت وطأة مجموعة من الظروف، كان لزاما علينا أن نستعمل من حين لآخر منهجا تاريخيا في هذه الدراسة لاستقصاء التطور الحاصل في هذا المجال، كما يتوجب علينا أن نجنح في ظل ندرة المراجع القانونية المتخصصة في هذا المجال إلى منهج التحليلي لتحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة لهذا الشأن ومقارنة النصوص السابقة بالنصوص اللاحقة لاكتشاف أسباب التعديل ومدى نجاعتها.

قد تقتضي دراسة موضوع مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية بيانا لمفهوم المؤسسة الأجنبية ثم تحديدا لشروط دخولها في الصفقات العمومية، أو تناولها بشكل أكثر تبسيطا ضمن حياة الصفقة العمومية التي تمر بمرحلتين أساسيين هما مرحلة التكوين ثم مرحلة التنفيذ، إلا أن تقديم المشرع الجزائري لصنفين من المؤسسات الأجنبية ألا وهما المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر والمؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر، ضمن العديد من النصوص التي نظمت مجال الصفقات العمومية، اعتمادا على **معيار الإقامة** الذي أخذ به المشرع الجزائري في تحديد المتعاملين الأجانب معه، جعلنا نقسم موضوعنا هذا إلى دراسة الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر في **فصل أول** ثم التطرق للصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر ضمن **فصل الثاني** في دراسة أشبه ما تكون بمقارنة بين هاذين النمطين من المتعاملين المتعاقدين من جهة والمتعامل الوطني من جهة ثانية وهذا من أجل إحاطة أفضل بجوانب عديدة لمثل هذا الموضوع.

وهذا ضمن:

الفصل الأول: الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

الفصل الثاني: الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

الفصل الأول : الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

أدت سياسة الاستثمار المنتهجة من قبل الجزائر إلى إقامة العديد من المؤسسات الأجنبية على الإقليم الوطني من أجل ممارسة الأعمال وإنجاز مشاريع خاصة، نظرا للحاجة الملحة للمعرفة الفنية التي تتميز بها هذه الأخيرة، إضافة لاستقدامها قدرا كبير من رؤوس الأموال التي يتم استثمارها[1]، ومما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تعد مجالا حيويا لهذه المؤسسات بالنظر للأرباح التي يمكن تحقيقها من خلال إنجاز مشاريع الاستثمارات العمومية.

وبما أن قانون الصفقة العمومية ينظم حياة الصفقة بمرحلتيها مرحلة تكوينها ثم مرحلة تنفيذ موضوعها كان من الواجب دراسة شروط دخول المؤسسات الكائنة بالجزائر (**مبحث ثاني**) ثم الوقوف على ما يترتب عن منح الصفقة لهذا النمط من المتعاملين في تنفيذها (**مبحث ثالث**).

قبل ذلك كان لزاما علينا تخصيص جزء من هذا الفصل لتحديد المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر حتى نتمكن من الوقوف على مكانتها ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية (**مبحث أول**).

المبحث الأول : تحديد المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر

دأب المشرع الجزائري في إضفاء صفة المؤسسة الكائنة بالجزائر على المؤسسات الأجنبية التي تقيم بالجزائر بغرض الاستثمار، وقد تبنت تنظيمات الصفقات العمومية هذا النمط من المؤسسات كمتعامل متعاقد إلى جانب المؤسسات الوطنية.

ومن أجل معرفة مكانة هذه المؤسسات وجب بداية تحديد مفهوم المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر ضمن تنظيمات الصفقات العمومية (**مطلب أول**)، إلا أن ذلك لا يحول دون معرفة شروط إضفاء هذه الصفة على المؤسسة الأجنبية في القوانين ذات الصلة (**مطلب ثاني**)، وبما أن هذه المؤسسات لا تعدو أن تكون استثمارات أجنبية على الإقليم

---

1 - TERKI N.E, **Les sociétés étrangères en Algérie**, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Institut des Sciences Juridiques Politique et Administratives, Université d'Alger, 1975, p:19.

الوطني، ارتأينا أن نعالج الإجراءات الأخيرة التي اتخذتها الحكومة في هذا المجال وأثرها على مستقبل هذا النمط من المؤسسات (**مطلب ثالث**).

المطلب الأول : مفهوم المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر في قانون الصفقات العمومية

منذ الاستقلال إلى غاية اليوم مرت الصفقات العمومية بـ 05 قوانين ابتداء من الأمر رقم 67-90 وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236، إضافة إلى التعديلات التي مست هذه التنظيمات، إضافة إلى مساهمات الجهات المعنية بالصفقات العمومية كاللجنة المركزية للصفقات العمومية سابقا عن طريق المناشير والتعليمات الصادرة عنها، و التي لعبت دورا هاما في إزالة اللبس عن كثير من المفاهيم والإجراءات؛ خاصة تلك الصادرة سنة 1968 والتي تضمنت تقديم تعريف للمؤسسة الأجنبية المستقرة بالجزائر.

لذا نتناول ضمن هذا المطلب المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر عبر تنظيمات الصفقات العمومية (**فرع أول**) والمناخ القانوني الذي صاحبها، ثم تفصيل التعريف المقدم من قبل اللجنة المركزية للصفقات العمومية لهذا النمط من المؤسسات (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر عبر تنظيمات الصفقات العمومية

كما سبقت الإشارة فإن تنظيم الصفقات العمومية بالجزائر شهد 05 نصوص قانونية تنوعت آليات صدورها نحاول من خلال هذا الفرع البحث عن مركز المؤسسة الأجنبية من خلال أحكامها.

1- الأمر رقم 67-90: أول نص قانوني نظم للصفقات العمومية فصل وميز بين نوعين من المؤسسات الأجنبية إلى مؤسسات مستقرة بالجزائر وأخرى غير مستقرة بالجزائر[1]، يتجلى ذلك من خلال تقديمه تعريفا للمزايدة[2] كإجراء من إجراءات منح الصفقات ضمن نص المادة 32 " **إذا لم تتضمن الصفقة إلا توريدات بسيطة من النوع العادي فتبرم دائما وفقا لطريقة المناقصة وتخصص هذه المناقصات للمؤسسات المستقرة بالجزائر**".

1- نجد هذا التعبير "**المؤسسات الكائنة أو المستقرة بالجزائر**" كذلك ضمن أحكام القانون 78-02 المؤرخ في 11 فيفري سنة 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية (المواد 20-21)، جريدة رسمية عدد 07، صادرة بتاريخ 14 فيفري 1978.

2 - يشير النص العربي للأمر رقم 67-90 لمفهوم المناقصة بينما النص باللغة الفرنسية لنفس المادة يشير إلى مصطلح **adjudication**.

كما تشير المادة 15 من نفس الأمر إلى أنه " **يجب على المتعهدين الثانويين والموصين الثانويين أن يكونوا على رأس أشغالهم في مفهوم المادة 14 أعلاه، ويختارون من بين المقاولين والموردين الموجودين بالجزائر والمرخص لهم من قبل الإدارة المتعاقدة**".

يعود وجود هذا المفهوم أو عبارة " **المؤسسات الأجنبية المستقرة أو الكائنة بالجزائر**" إلى تأثر المشرع الجزائري بالقانون الاستعماري المنظم للصفقات العمومية خاصة أحكام المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 08 جانفي 1957 المتعلق بالصفقات المبرمة بالجزائر والذي تنص مادته 02 على[1]:

"... il peut être passé des marchés de gré à gré pour les travaux, fournitures et services confiés à des entreprises établies en Algérie..."

وذلك إثر تحفيز المؤسسات ***Métropolitaines*** للعمل بالجزائر خاصة في إطار الاستفادة من مشروع قسنطينة[2] الذي طرحه الجنرال ديغول لإجهاض الثورة التحريرية الكبرى، هذا من جهة، من جهة ثانية فقد تأثر الأمر رقم 67-90 بقانون الاستثمارات لسنة 1963[3] والذي نصت المادة 09 منه على جملة من الامتيازات للمستثمرين الأجانب خاصة تلك المتعلقة بامتياز منحهم صفقات عمومية.

2- المرسوم رقم 82-145: في قراءة متأنية لأحكام هذا الأخير نجد أن مفهوم أو عبارة المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر لم يعد مستعملا في قانون الصفقات العمومية، إذ لم يعد للمصلحة المتعاقدة إلا الاختيار بعد الدعوة للمنافسة بين أربعة (04) متعاملين متعاقدين حسب أسبقية الترتيب على التوالي[4]:

- **المتعاملون العموميون الوطنيون؛**
- **المؤسسات الخاصة الوطنية؛**
- **المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولتها؛**

---

1 - DJAOUI.M, **Le code des marchés publics est-il adapté au taches actuelles de l'administration?**, Mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'Etudes Supérieure en droit public, Université d'Alger, Mars 1976, annexe n°04.

2 - BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, p: 381.

3 - القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية سنة 1963 يتضمن قانون الاستثمار، جريدة رسمية عدد 53، صادرة بتاريخ 02 جويلية 1963- النص الفرنسي-

Art 9 **"Outre les garanties qui leur sont accordées au Titre V du présent code, les entreprises agréées bénéficieront des avantages suivants:...**
3°) De commandes de l'Etat dans le cadre des marchés publics de travaux et da fournitures." .

4 - المادة 24 من المرسوم رقم 82-145 "**يقوم المتعامل العمومي بالدعوة للمنافسة واختيار المتعامل المتعاقد حسب أسبقية الترتيب الآتي:...**"

- KOBTAN.M, **Les marchés de l'opérateur public ou le réforme du droit des marchés publics**, Etude du décret n°82-145 du 10-04-1982, OPU, Alger, p:19.

- **المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسن التنفيذ.**

ولعل غياب هذا النمط من المؤسسات من بين أحكام المرسوم رقم 82-145 يعود إلى المنهج والفكر الاقتصادي الذي اتخذته الجزائر منذ سنة 1966 إلى غاية 1982 بجملة من الإصلاحات القانونية أهمها:

2-1- **صدور الأمر رقم 66-284 المتعلق بالاستثمارات**[1]: إذ تبنت الجزائر من خلاله - تحت ضغط تعليمات مجلس الثورة الواردة في عرض الأسباب - احتكار الدولة والهيئات التابعة لها للقطاعات الحيوية وأسبقية المبادرة بالاستثمار فيها، ذلك ما تقضي به المادة 02 من الأمر المذكور، بصفة فردية أو شراكة مع رأس المال الخاص في إطار الشركات ذات الإقتصاد المختلط، ويبقى للدولة حق استرجاع هذه الحصص والأسهم التي تعود ملكيتها للشريك الخاص، في حين تخضع الاستثمارات في القطاعات الأخرى إلى وجوب الحصول على اعتماد مسبق من قبل السلطات الإدارية[2].

وقد اعتبرت أحكام هذا الأمر قاسية على المستثمرين الأجانب إذ لم ينص المشرع على ضمان تحويل الأجور الخاصة بالعمال الأجانب كما لم يحدد مهلة التأميم في حين اكتفى بمنح بعض الامتيازات الجبائية[3].

2-2- **صدور القانون رقم 82-13 المتعلق بتأسيس الشركات ذات الاقتصاد المختلط وسيرها**: بهذا القانون يكون المشرع الجزائري قد أكد نيته في رفض الاستثمار المباشر بما فيه رأس المال الأجنبي، كما تم تكريس هذا التوجه سنة 1986 رغم نية الحكومة في زيادة نسبة رأس المال الأجنبي في الشركات ذات الاقتصاد المختلط في محاولتين لسنتي 1986 و 1989 على التوالي قوبلت برفض نواب البرلمان حينها[4].

وطبقا لهذا القانون كان تأسيس الشركات ذات الاقتصاد المختلط يخضع لبروتوكول اتفاق يبرم بين الوزارة الوصية والشريك الأجنبي، ولعقد يبرم بين المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي والشريك الأجنبي، أما بصدور القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية أصبح هذا

---

1 - الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1386 الموافق لـ 15 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون الاستثمار، جريدة رسمية عدد 80، صادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1966.

2-GUESMI.A, **Le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France**, in l'Algérie en mutation **"les instruments juridiques de passage à l'économie de marché"**, l'Harmattan, 2001, p: 211.

3 - المادة 14 من الأمر رقم 66-284 المتعلق بالاستثمارات.

4 - علوش قربوع كمال، **قانون الاستثمارات في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: 10.

العقد يبرم بين صناديق المساهمة والشريك الأجنبي ولعقد بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والشريك الأجنبي.

لم يجلب بذلك القانونان سابقي الذكر المستثمرين الأجانب بسبب إجراءات التأميم وكذا نقص ضمانات فض المنازعات التي كانت تخضع للمحاكم الجزائرية والقانون الجزائري[1]، لذا لم يعد للمؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر وجود في تلك الفترة واقتصر الاستثمار الأجنبي على المساهمة في الشركات ذات الاقتصاد المختلط حتى مطلع التسعينات[2].

<u>3ـ المرسوم التنفيذي رقم 434ـ91</u>[3]: عاد مفهوم المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر إلى أحكام قانون الصفقات العمومية تحت مسمى <u>المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر</u> وفقا لتعبير المادة 15 التي نصت على عقد البرنامج " **ويبرم عقد البرنامج مع... كما يبرم مع <u>المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر</u>...**" وكذا المادة 17 المحددة للمتعاملين المتعاقدين" **يمكن للمصلحة المتعاقدة ... ومع <u>المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر</u>**"، في حين تضمن النص باللغة الفرنسية للمرسوم *les entreprises étrangères installées en Algérie*، بالإضافة إلى وروده حين تقديم المشرع لتعريف إجراء المزايدة تحت مسمى الأجانب العاملين بالجزائر.

يعود هذا التغير وعودة هذا النمط من المؤسسات إلى أحكام قانون الصفقات العمومية إلى تبني الجزائر لنهج اقتصاد السوق بداية التسعينات عن طريق قانون النقد والقرض الصادر بموجب الأمر رقم 90ـ10[4] حيث جاء في كتابه السادس بعنوان " **تنظيم سوق الصرف وحركة رؤوس الأموال** " في مادته 183 " **يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أي نشاطات اقتصادية مخصصة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها...**".

---

1 - ISSAD.M, **<u>Loi du 28 Aout 1982 sur les sociétés d'économie mixte</u>**, in (R.A.S.J.E.P), vol 21, n°02, juin1984, pp: 263-278.
- TERKI.N.E, **<u>La sociétés d'économie mixte en droit algérien</u>**, in (R.A.S.J.E.P), vol 25 n°03, sebtembre1987, pp: 563-585.

2 - Les sociétés étrangères accueillirent cette loi avec scepticisme et aucune ne tenta d'implanter une filiale autonome en Algérie. Peu nombreuses furent également celles qui s'associèrent un partenaire algérien dans le cadre d'une société mixte. GUESMI.A, **<u>le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France</u>**, op.cit.

3 - المرسوم التنفيذي رقم 91ـ343 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 09 نوفمبر سنة 1991 المتضمن تنظيم الصفقات ـ المعدل والمتمم ـ، جريدة رسمية عدد 57، صادرة بتاريخ 8 نوفمبر 1991.

4 - الأمر رقم 90ـ10 المؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أفريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990.

وتبعا لذلك سمح القانون لغير المقيمين خاصة الأجانب بالاستثمار المباشر وبذلك ألغى قانون النقد والقرض التمييز بين القطاع العام والقطاع الخاص[1].

وقد تأكد هذا عن طريق المرسوم التشريعي رقم 93-12[2] الذي أذن بمنهج جديد من سياسة مناهضة للاستثمار الأجنبي المباشر إلى انفتاح على رأس المال الأجنبي والوطني الخاص من أجل هدف معلن هو التنمية إلا أن الهدف الحقيقي هو البحث عن مخرج لأزمة المديونية[3]، حيث يتم تدخل رأس المال الأجنبي في كل الأنشطة الاقتصادية غير المخصصة للدولة أو أحد فروعها[4].

4- المرسوم الرئاسي رقم 02-250: من خلال المادة 14 فقرة 3 التي تنص على أن " **ويبرم عقد البرنامج مع ... كما يبرم مع المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر ...**"، المادة 17 التي عددت المتعاملين المتعاقدين الذين يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم معهم صفقاتها، إضافة إلى المادة 27 التي عرفت إجراء المزايدة والذي سمحت من خلاله بالسماح لحصول المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر بالدخول في الصفقات العمومية المبرمة وفقا لهذا الإجراء، يتضح مضي الجزائر قدما من خلال هذا المرسوم بالسماح للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر بالدخول والحصول على صفقات عمومية نتيجة تزايد استثمارات رأس المال الأجنبي، خاصة في ظل تعديل دستور 1989 سنة 1996[5] الذي أرسى **مبدأ حرية الصناعة والتجارة**[6]، وما سبقها من إجراءات الخصخصة[7] التي لجأت إليها الجزائر بداية من الأمر رقم 95-22[8] المعدل والمتمم؛ الذي نظم لأول مرة عملية خصخصة المؤسسات العمومية، لكن لأسباب غير واضحة لم يدخل الأمر المذكور وتطبيقاته حيز التنفيذ لذا

1- GUESMI.A, <u>le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France</u>, op.cit, p: 213.

2 - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية عدد 64، صادرة بتاريخ 10 أكتوبر 93.

3 - عليوش كمال قربوع، المرجع السابق، ص: 16.

4 - وفقا للمادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 يتم ذلك عن طريق:

- **الاستثمارات المنشئة التي تؤدي إلى إنشاء مؤسسات جديدة برأس مال وطني أو أجنبي.**
- **الاستثمارات المنمية للقدرات المنجزة لأجل زيادة الإنتاج وتوسيع في قدرات المؤسسات الموجودة.**
- **الاستثمارات المعيدة للتأهيل والهيكلة والمقصود منها من خلال المادة 36 إعادة بعث النشاط بعد الغلق وإعلان إفلاسها.**

5 - المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر سنة 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل دستور 1989، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، جريدة رسمية عدد 76، صادرة تاريخ 08 ديسمبر 1996.

6 - المادة 37 من دستور 1996" **حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون**".

7 - TERKI.(N.E), <u>Les aspects juridiques de la privatisation de EPE</u>, in (R.A.S.J.E.P), n°03, 2008, pp: 05-34." **La notion de privatisation peut être définie comme une passage d'une économie planifiée vers une économie de marché. C'est une transfert total ou partiel du patrimoine des enterprises publiques au profit d'investisseurs privés locaux ou étrangers**".

8 - الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق لـ 26 أوت سنة 1995، المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، جريدة رسمية عدد 48، صادرة بتاريخ 03 سبتمبر 1995.

كان الأمر رقم 01-04[1] ملغيا لأحكام هذا الأخير وحل محله في تنظيم إجراءات الخصخصة[2].

دون الخوض في إجراءات الخصخصة وأحكامها التي تضمنها الأمر السالف الذكر، تعتبر الخصخصة آلية مهمة في إقامة المؤسسات الأجنبية على الإقليم الوطني وهو ما نصت عليه المادة 13 حيث تتم عملياتها - الخصخصة - لصالح أشخاص طبيعيون أو معنويون سواء كانوا محليين أو أجانب خاضعين للقانون الخاص، حيث يتم التنازل الكلي عن رأس مال المؤسسة العمومية أو جزء منها وكذا الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة عن المؤسسات التابعة للدولة.

إضافة إلى ما تقدم وتأكيدا لانفتاح الجزائر على الاستثمارات الأجنبية المباشرة صدر القانون رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[3] حيث نصت المادة 04 منه على حرية الاستثمار في إطار احترام التشريع والتنظيمات المتعلقة بالأنشطة المقننة وحماية البيئة وكذا المساواة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المحليين والأجانب على السواء في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار.

وبالتالي كانت الأحكام التي ذكرت بالإضافة إلى نصوص أخرى لا يتسع المجال لذكرها سببا في جلب العديد من الاستثمارات وإقامة العديد من المؤسسات الأجنبية على الإقليم الوطني.

5- المرسوم الرئاسي رقم 10-236: في نظرة مبدئية لأحكام المرسوم نلاحظ أن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى بموجب هذا الأخير استبدلت تعبير المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، لتضمها تحت مسمى **المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري** مهما كانت جنسية رأس مالها دون إقصاء للمؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر وهذا تبعا للمادة 547 من القانون التجاري[4] الوارد في تأشيرات المرسوم رقم 10-236 التي تنص على أن "**تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري**".

---

1 - الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 01 جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، جريدة رسمية عدد 47، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

2 - TERKI.(N.E), **Les aspects juridiques de la privatisation de EPE**, op.cit, p:06.

3 - الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 01 جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت سنة 2001، جريدة رسمية عدد 47، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

4 - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فيفري سنة 2005، جريدة رسمية عدد 11، صادرة بتاريخ 09 فيفري 2005.

بالتالي فإن جميع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر هي من حيث المبدأ مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، وما يؤكد عدم استغناء المشرع عن هذا النمط من المتعاملين هو نص المادة 51 من المرسوم في معرض تعداد الوثائق التي يتضمنها كل من العرض التقني والمالي للصفقة التي جاء في متنها "**مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد... ولا يطبق هذا الحكم على المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر**".

هذا ولو بصفة ضمنية أن المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر لا تزال تتمتع بمركزها ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية رغم الإجراءات التي اتخذتها الحكومة في مجال الاستثمار الأجنبي، خاصة تلك التي تضمنها كل من قانوني المالية التكميليين لسنتي 2009 و 2010 على التوالي وأثرها على المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر كما سيأتي تفصيل ذلك ضمن المطلب الثالث من هذا المبحث[1].

بالرغم من كل الأحكام المتعلقة بمنح الصفقات العمومية للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر الواردة في التنظيمات السالفة الذكر إلا أن هذه الأخيرة لم تعن بتقديم مفهوم أو تعريف لهذه المؤسسات، خاصة في ظل الامتيازات الممنوحة لها والتي قد تمكنها من أسبقية الحصول على صفقات عمومية والتي قد تكون حتى على حساب المؤسسات الوطنية، كانت المحاولة الوحيدة لتقديم تعريف يحدد شروط اعتبار مؤسسة أجنبية أنها كائنة بالجزائر المنشور الصادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية لسنة 1968.

الفرع الثاني : المؤسسة الكائنة بالجزائر وفقا لمنشور اللجنة المركزية للصفقات العمومية[2]

بتاريخ 01 فيفري 1968 أصدرت اللجنة المركزية للصفقات العمومية منشورها رقم **01/68/CCM**، مستهلة بعرض أسباب هو وجود المؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر

---

1 ـ أنظر الصفحة 23 وما يليها.

2 ـ اللجنة المركزية للصفقات العمومية تنص عليها أحكام المواد 112ـ138 من الباب الخامس المعنون بلجان الصفقات من الأمر رقم 67ـ90 لتتحول إلى اللجنة الوطنية للصفقات طبقا للمرسوم رقم 82ـ145، بقيت لجنة وحيد إلى غاية سنة 2008 حيث استحدثت لجنتان بموجب مرسوم رئاسي رقم 08ـ338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 جريدة رسمية عدد 62، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008 تختص الأولى بصفقات الأشغال، أما الثانية فاختصاصها صفقات الدراسات واللوازم والخدمات، ثم ليصبح عددها ثلاث لجان مع صدور المرسوم الرئاسي10ـ236 طبقا للمادة 142 لجنة وطنية لصفقات الدراسات لجنة صفقات الدراسات، لجنة صفقات الدراسات والخدمات، وتطبيقا لأحكام هذا المرسوم فيما يتعلق باللجان الوطنية للصفقات العمومية صدرت عن وزارة المالية 03 قرارات وهي على التوالي:

- القرار المؤرخ في 23 مارس 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.
- القرار المؤرخ في 23 مارس 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- القرار المؤرخ في 23 مارس 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.

كشكل خاص من تواجد المؤسسات بالجزائر، كما أشارت إلى أن هذا التعبير خاص فقط بالصفقات العمومية[1].

رتب المنشور أسبقية منح الصفقات حيث جاء في مقدمتها المؤسسات الجزائرية *-les entreprises algérienne-*، تليها المؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر *-les entreprises étrangères installées en Algérie-* ثم باقي المؤسسات الأجنبية التي لا تملك منشآت أو مقرا بالجزائر *les entreprises étrangères qui ne possède pas des installations en Algérie*.

ثم قدمت من خلال المنشور التعريف التالي" **تعتبر مؤسسة مستقرة بالجزائر حسب مفهوم الأمر رقم67-90 كل مؤسسة لها منشآت، تجهيزات مهنية دائمة بغرض إنجاز كافة الخدمات أو جزء جوهري منها والمطلوبة من قبل الإدارة**" وبهذا كي تعتبر مؤسسة أجنبية أنها كائنة أو مستقرة بالجزائر وجب اجتماع شرطين أساسيين:

1- المؤسسة الأجنبية وجب أن تهيأ منشآت مهنية دائمة كإقامة مكاتب أو ثكنات *(Baraquements)*، منشآت تقنية من أجل تنفيذ العقد دون أن يكون ذلك في شكل وكالة أي أن لا تكون الخدمات التي تؤديها قد أوكلت إليها من قبل مؤسسة أجنبية غير مقيمة بالجزائر.

2- أن تسمح هذه المنشآت المهنية الدائمة بإنجاز كافة الخدمات أو جزء جوهري منها والتي يتضمنها موضوع الصفقة، من أجل ذلك لا تعتبر المكاتب والوكالات والممثليات التجارية وكذا السماسرة وبصفة عامة المنشآت المهنية التي تعمل كوسيط لحساب مؤسسات أجنبية لا تعتبر مؤسسات كائنة بالجزائر وفقا لمفهوم قانون الصفقات العمومية.

رغم أن اللجنة المركزية للصفقات العمومية عبر منشورها المذكور قدمت تعريفا للمؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر وكذا شروط إضفاء هذه الصفة أو النمط على مؤسسة أجنبية ما، إلا أن هذه الشروط اتسمت بعدم الوضوح خاصة فيما يتعلق بالأشكال القانونية للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، و كذا الشروط القانونية الأخرى التي تفرضها نصوص تشريعية في مجال التجارة وتقديم الخدمات، لذا كان لزاما

1- الملحق 01: نسخة من منشور اللجنة المركزية للصفقات العمومية الصادر سنة 1968.

البحث في أحكام بعض القوانين ذات الصلة حتى نصل إلى تحديد أوضح للمؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر.

المطلب الثاني : المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر في القوانين ذات الصلة

إن تحديد مفهوم المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر في قانون الصفقات العمومية لا يتم إلا بالعودة إلى النصوص القانونية ذات الصلة التي هي أساسا مرجع في وضع هذا التنظيم، وهي بذلك تحدد الشروط والأشكال القانونية وكيفية الإقامة على الإقليم الوطني حتى تكتسب هذه الصفة.

من خلال هذا المطلب نورد شروط إقامة المؤسسات الأجنبية على الإقليم الوطني وفقا للنصوص ذات الصلة (**فرع أول**) ثم الأشكال القانونية التي تأخذها هذه المؤسسات (**فرع ثان**).

الفرع الأول : شروط إقامة المؤسسات الأجنبية وفقا للنصوص القانونية ذات الصلة

أفرز البحث في جوانب القوانين التي تنظم مجال الاستثمار والأعمال والتجارة، أهمها القانون التجاري ونصوصه التطبيقية (**1**) و قانون النقد والقرض وكذا تنظيمات بنك الجزائر (**2**) إلى وجود أحكام تتعلق بإقامة المؤسسات الأجنبية بإقليم الوطني نوردها كما يلي:

1ـ الأحكام الواردة في القانون التجاري والنصوص المنظمة له: بداية بالمادة 19 التي تلزم بالتسجيل في السجل التجاري كل شخص له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري، كما يقع نفس الالتزام على كل شخص معنوي تاجرا بحسب الشكل[1] أو حسب الموضوع[2] ومقره بالجزائر أو كان له فرع (*Succursale*) أو أي مؤسسة كانت.

في حين توسع المادة 20[3] من دائرة الالتزام لتشمل كل:

- **شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر؛**

1 ـ المادة 02 من القانون التجاري الجزائري.
2 ـ المادة 03 من القانون التجاري الجزائري.
3 ـ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في في 09 رمضان عام 1419 الموافق لـ 18 جانفي سنة 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 05، صادرة بتاريخ 19 جانفي 1997.

- **كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى؛**
- **كل ممثلية تجارية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني.**

كما تشير المادة 547 في فقرتها 02 " **تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري**" وهو ما نصت عليه كذلك المادة 02 من المرسوم 97-41 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 03-453 المؤرخ في 18 ديسمبر 2003.

من خلال هذه الأحكام يتضح شرط التسجيل في السجل التجاري شرطا أساسيا من شروط اعتبار المؤسسة الأجنبية مقيمة بالجزائر.

2- أحكام قانون النقد والقرض ونصوصه التطبيقية: كما سبقت الإشارة فإن قانون النقد والقرض رقم 90-10 قد سمح بالاستثمار الأجنبي رغم أنه ليس قانونا منظما للاستثمارات، في حين لم يتخلى الأمر رقم 03-11[1] الذي ألغى أحكام القانون 90-10 عن السماح لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أي نشاطات اقتصادية مخصصة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها، وقد جاء في مادته 125 " **يعتبر مقيما في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر**" وهو نفس النص الوارد في المادة 182 من القانون 90-10، لم تقدم هذه المادة أي جديد فيما يخص شروط المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر، إلا أنه من خلال الأنظمة الصادرة عن بنك المركزي حاول هذا الأخير بيان معنى المؤسسة المقيمة بالجزائر من خلال النظام رقم 90-03[2] وكذا النظام 07-01 في مادته 02[3]، حيث نصت المادة 02 على أنه "**نظرا لتطبيق متطلبات هذا النظام نقصد:...**

ب- المقيمين المذكورين في المادة 182 من القانون كل شخص طبيعي أو معنوي جزائريا كان أو أجنبيا يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية في الجزائر منذ سنتين على الأقل".

1- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 المرافق لـ 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة عدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

2- نظام رقم 90-03 المؤرخ في 18 صفر عام 1411 الموافق لـ 08 سبتمبر سنة 1990 يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها، جريدة رسمية عدد 45، صادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

3- النظام رقم 07-01 مؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق لـ 03 فيفري سنة 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 31 ، صادرة بتاريخ: 13 ماي 2007 (**الملحق رقم:** 02).

بذلك يكون هذا النظام قد اشترط زمنا أدنى لنشاط المؤسسة الأجنبية حتى تعتبر مقيمة بالجزائر ولعل هذه المدة مقترنة بما جاءت به المادة 182 والتي تشترط رقم أعمال يقدر بـ 60% داخل الجزائر خلال السنتين الأخيرتين أو 60% من مداخيل الأشخاص الطبيعيون خلال نفس المدة[1].

الفرع الثاني : الأشكال القانونية للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

من خلال المادة 03 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة والتي تنص على أن "**المؤسسة هي كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد**"، وكذا المادة 21 من المرسوم الرئاسي 10-236[2] التي جاء فيها" **يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيون أو معنويون يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤسسات كما هو محدد في المادة 53 أدناه**".

يتبين من خلال هاذين النصين أن المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر قد تتخذ حسب بنيتها " *selon leur structure* " شكل المؤسسة الفردية *les entreprises individuelles* (**1**) أو شكل مؤسسة جماعية *les entreprises sociétaires* (**2**).

<u>1- المؤسسات الفردية:</u> حيث تستغل المؤسسة من طرف شخص طبيعي دون فصل بين ذمته المالية والذمة المالية للمؤسسة[3]، قد يكون نشاط هذه المؤسسة تجاريا وأغلبها تتخذ شكل التاجر كما هو معرف بالقانون التجاري[4] والذي يملك في الغالب محلا تجاريا[5] يمارس فيه نشاطه، كما قد تكون مؤسسات غير تجارية خاضعة للأمر رقم 96-01[6]

---

1 - المادة 02 من النظام 90-03.

2 - أنظر المادة 16 من المرسوم الرئاسي 02-250، المادة 17 من المرسوم التنفيذي 91-434، المادة 18 من المرسوم 82-145 وكذا المادة 12 من الأمر رقم 67-90.

3- AKROUNE.Y, Des cour de magister, droit des affaires 2009-2010.

4 - المادة 01 من القانون التجاري تنص "**يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك**" كذلك المادة 21 من نفس القانون تنص على أنه " **كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لك النتائج المترتبة عن هذه الصفة**".

5 - المادة 78 " **تعد جزئا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل إلزاميا عملاءه وشهرته. كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري...**".

6 - الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق لـ 10 جانفي سنة 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، جريدة رسمية عدد 03، صادرة بتاريخ 27 جانفي 1996.

المسجلة في السجل الوطني للصناعات التقليدية[1] والحرف كالحرفي[2] والتعاونيات الحرفية[3]، كما قد تكون مؤسسات مدنية لمهن حرة كالمهندس العماري[4].

والمشرع الجزائري إذ يسمح بتواجد الأجانب على الإقليم الوطني فهو يمنحهم حقوقا مدنية مثل باقي الأفراد وهو بذلك لا يقصيهم من المجال الاقتصادي شريطة أن يستوفوا الشروط القانونية التالية:

1.1- الحصول على بطاقة الإقامة: حيث تنص المادة 16 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها[5] على أن كل أجنبي يمكنه الحصول على بطاقة إقامة بشرط دخوله بصفة قانونية إلى أرض الوطن، لأجل ذلك وجب على الأجانب تبرير تواجدهم المادي في الجزائر من أجل ممارسة نشاط معين؛ حيث تنص المادة 20 من القانون على أن" **على الأجنبي الذي يرغب في ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة أن يستوفي الشروط القانونية والتنظيمية المطلوبة لممارسة هذا النشاط، تمنح هذه البطاقة بإيداع ملف يمثل الطلب المبرر الوثيقة الأساسية فيه**[6].

2.1- الحصول على البطاقة المهنية للأجانب: وذلك وفقا للشروط والكيفيات التي يحددها المرسوم التنفيذي رقم 06-454[7] المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا ومهنة حرة على التراب الوطني، وعلى كل من يتسلم هذه البطاقة تقديم طلب الحصول على بطاقة الإقامة[8].

---

1 - المادة 05 من الأمر رقم 96-01 " **يقصد حسب مفهوم هذا الأمر بالصناعات التقليدية والحرف كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليه العمل اليدوي ...**".

2 - يقصد بالحرفي **كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 05 من الأمر، يثبت تأهيلا ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته...**".

3 - تعاونية الصناعة التقليدية و الحرف شركة مدنية يكونها أشخاص ولها رأس مال غير قار وتقوم على حرية انضمام أعضائها الذين يتمتعون جميعا بصفة الحرفي حسب مفهوم الأمر رقم 96-01 المادة 14. كما يمكن أن يستغل نشاط الحرفي في شكل مقاولة حسب نص المادة 20 وما يليها من الأمر.

4 - وفقا لأحكام المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1414 الموافق لـ 18 ماي سنة 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، جريدة رسمية عدد 32، صادرة بتاريخ 25 ماي 1994.

5 - القانون 08-11 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 جوان سنة 2008 ، جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 02 جويلية 2008، ألغى أحكام الأمر 66-211 المؤرخ في 21 جويلية سنة 1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر المعدل والمتمم بالأمر 67-190.

6 - KEBACHE.(N.D), **Le statut juridique des travailleurs étrangers en Algérie**, Mémoire pour le diplôme de magister, , Institue de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université d'Alger, pp:23-24.

7 - المرسوم التنفيذي رقم 06-454 المؤرخ في20 ذو القعدة عام 1427 الموافق لـ 11 ديسمبر سنة 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا ومهنة حرة على الترب الوطني، جريدة رسمية عدد 80، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر2006، حيث ألغى المرسوم رقم 75-111 المؤرخ في 27 سبتمبر 1975 المتعلق بالحرف التجارية والصناعية والحرفية والمهن الحرة الممارسة من قبل الأجانب على التراب الوطني.

8 - المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06-454 " **يتعين على حائز البطاقة أن يطلب بطاقة إقامة الأجنبي في أجل 90 يوما بمجرد الحصول على البطاقة المهنية**".

تمنح هذه البطاقة من قبل والي ولاية محل إقامة الشخص الأجنبي[1] وهي صالحة لمدة سنتين قابلة للتجديد[2].

تجدر الإشارة أن هذا النمط من المؤسسات يحتل مرتبة جيدة من حيث عدد المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر وفقا لإحصاءات وأرقام المركز الوطني للسجل التجاري[3].

من الناحية القانونية لم نصادف أثناء البحث في هذا المجال أي نص قانوني يمنع المؤسسات الفردية (تجار- حرفيين- أصحاب مهن حرة) من الحصول على صفقات عمومية سواء كانت بلدية[4] ولائية[5] أو حتى وطنية[6] أو حتى صفقات المؤسسات العمومية، وإن لم نعثر على صفقات منحت لهذا النمط من المؤسسات الأجنبية في ظل تخصيص صفقات عمومية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة تطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي10-236[7]، بذلك تبقى هذه المسألة مطروحة في أحقية المؤسسات الفردية خاصة الأجنبية في تقديم تعهداتها للحصول على صفقات عمومية ؟

2- المؤسسات الجماعية: يعتبر هذا الشكل من المؤسسات هو الأكثر شيوعا في إقامة المؤسسات الأجنبية على الإقليم الوطني[8]، إذ تتخذ شكل شخص معنوي والذي يأخذ صور الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري وهي:

1- المادة 05 من المرسوم 06-454.

2- المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454.

3- ملحق 03: **Répartition des commerçants étrangers par pays et des sociétés en 2008**

- ملحق 04: **Répartition des sociétés étrangères par wilaya avant la LFC du 18 AOUT 2009**

- 8.300 opérateurs étrangers exercent dans notre pays selon les statistiques du Registre du commerce:" Ils sont plus de 8.300 commerçants étrangers recensés en Algérie à fin 2010 soit, 1.850 personnes physiques", D. Akila, El Moudjahid du 18-07-2011.

- Rapport du Centre national du registre du commerce algérien et confirmation de l'implantation étrangère, L'implantation des sociétés étrangères en Algérie : Le nombre de commerçants étrangers inscrits au registre du commerce est de 7568, réparti en 1720 personnes physiques et 5848 personnes morales dont 178 succursales.

Les personnes physiques étrangères: Les commerçants étrangers, personnes physiques, sont inscrits surtout dans les secteurs de commerce de détail (67,1%) et des services (18,4%).

- LES CHIFFRES DU REGISTRE DU COMMERCE : Plus de 4.400 entreprises étrangères en Algérie " A fin 2006, on compte pas moins de 4.439 entreprises étrangères basées en Algérie. Près du tiers (1.178) d'entre elles sont des personnes physiques dont 494 (41,94%) sont de nationalité Tunisienne, 412 Marocains (34,97%), 60 Syriens (5,09%), 57 Chinois (4,84%), 44 Palestiniens (3,74%), 28 Egyptiens (2,34%) et 22 Français (1,87%)" par Mohamed.M, Le Quotidien d'Oran du 3 mai 2007.

4- أفرد المشرع في قانون البلدية لسنة 2011 أحكاما خاصة بصفقات البلدية ورد ذكرها في المواد من 189 وما يليها. وقد جاءت هذه المواد لاسيما المادة 189 بالتحديد مؤكدة على خضوع صفقات البلدية المتعلقة بالأشغال والخدمات والتوريد لقانون الصفقات العمومية، بل حتى المؤسسات البلدية التي تحدثها البلدية والتي تتمتع بالطابع الإداري تخضع لقانون الصفقات العمومية.

5- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق لـ 21 فيفري سنة 2012 المتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فيفري 2012، طبقا للمادة 135 والتي جاء فيها:" **تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به.**

6- الصفقات الوطنية فيما يخص الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة.

7- نذكر من بين الأحكام التي تحث على تخصيص صفقات عمومية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري المادة 43 من مرسوم 2002 المعدلة بالمرسوم 03-301، جريدة رسمية عدد 55، صادرة بتاريخ 14 سبتمبر 3003، كذلك المادة 55 من مرسوم 2010 التي تخصص الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية للحرفيين.

8 - Rapport du Centre national du registre du commerce algérien et confirmation de l'implantation étrangère:

- Les personnes morales étrangères: Par secteur d'activité, les sociétés étrangères sont présentes à raison de 30% dans la production industrielle et 29 et 25,2% dans les services et l'import-export.

- شركة التضامن المنصوص عليها في المواد 551 الى563 من القانون التجاري والتي يكتسب فيها الشركاء صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد بالتضامن عن ديونها[1].
- شركة التوصية البسيطة نص المواد563 مكرر إلى 563 مكرر10 تطبق عليها الأحكام المتعلقة بشركات التضامن.
- شركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة نص المواد 564[2]من القانون التجاري، تؤسس من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص[3].
- شركة المساهمة نص المواد 592 الى685 من القانون التجاري هي الشركة التي يقسم رأسمالها إلى أسهم وتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء فيها اقل من 7 شركاء[4].

كما قد تتخذ صور أخرى حسب كيفية الاستثمار بإنشاء:

- فروع **succursale** : وهي امتداد للشركة الأم ولها دور تجاري في تسيير الطلبات التي تنفذها الشركة الأم فهي بذلك لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أنها تخضع للتسجيل في السجل التجاري وكذا الجباية على الشركات.
- التفرع **filiale** : يتمتع هذا الصنف بالشخصية المعنوية المنفصلة عن الشركة الأم، إلا أنها مراقبة من طرف هذه الأخيرة التي تملك جزء أو كل رأسمالها الذي يخولها أغلبية الأصوات في الجمعية العامة لهذه الشركة.

Le nombre de projets IDE se maintient et les montants nets annoncés passent de 1,5 à 2,5 milliards d'euros d'après l'Observatoire Anima-Mipo, alors que l'ANDI enregistrait une hausse de 40% au cours des 9 premiers mois de 2009.

- 8.300 opérateurs étrangers exercent dans notre pays selon les statistiques du Registre du commerce: 6.459 personnes morales (sociétés) dont 189 succursales, selon les statistiques du registre du commerce. 20,22% des sociétés sont de nationalité françaises, 12,26% syriennes, 9,8% chinoises et 7,94% égyptiennes.

La majorité des sociétés étrangères représentées en Algérie sont versées dans le secteur des services soit un volume de 30,2%, suivi de l'industrie et du BTPH avec 29,2% alors que 23,7% de ces sociétés exercent dans le créneau de l'import-export, indique le bilan du CNRC. Quant à la forme juridique, les sociétés constituées en SARL (Société à responsabilité limitée), représentaient une part de 49,4%, les entités sous le statut «EURL» (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), 33% et en SNC (Société en nom collectif) (11,77%). Par ailleurs, les SPA (société par actions), ne représentent que 4,8% étant la forme la moins fréquente dans l'activité commerciale, D.Akila, El Moudjahid du 18-07-2011.

1 - TERKI.(N.E), **Les sociétés commerciales**, AJED Edition, Alger, 2010, p:124.
2 - Op.cit, p: 151.
3 - Op.cit, p: 174.
4 - Op.cit, p: 250.

المطلب الثالث : أثر إجراءات قوانين المالية التكميلية "2009 - 2010" على المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

بعدما تبنت الجزائر بداية سنوات التسعينات سياسة جديدة في مجال الاستثمار عن طريق المرسوم التشريعي رقم 93-12 الذي منح عدة امتيازات للمستثمرين الأجانب لإقامة مشاريع على الإقليم الوطني، هذا المرسوم الذي ألغي بموجب الأمر رقم 01-03 الذي لا يزال إلى اليوم هو المرجع في مجال الاستثمار والذي عمل على تبسيط الإجراءات وزيادة الضمانات المرتبطة به، غير أن السلطات الجزائرية لم تفتأ أن بدأت تتراجع عن سياسة الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر منتصف سنة 2008، بدا ذلك جليا من خلال قوانين المالية التكميلية على وجه الخصوص[1] ابتداء بقانون المالية التكميلي لسنة 2008[2] والذي ألزم المستثمرين الأجانب بإعادة استثمار كل الأرباح المعفاة من ضريبة الأرباح على الشركات *impôt sur les bénéfices des sociétés (IBS)* وانتهاء بقانون المالية التكميلي لسنة 2009[3] الذي عدل من قواعد تشكيل رأسمال الاستثمار الأجنبي (**فرع أول**) وكذا قانون المالية التكميلي 2010[4] الذي شدد في بعض الإجراءات الخاصة بهذا المجال (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : تعديل قواعد تشكيل رأس مال المؤسسات الأجنبية

أدمج قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تعليمات الوزير الأول للحكومة الجزائرية، **الأولى** الصادرة بتاريخ 20 من شهر ديسمبر لسنة 2008 تتعلق بخضوع الوكالة الوطنية لترقية الاستثمارات إلى المجلس الوطني للاستثمار *Conseil national*

---

1 - تجدر الإشارة أن قوانين المالية التكميلية بداية من سنة 2006 كان لها الأثر البالغ على تعديل الكثير من أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

- إضافة إلى تعليمات بعض الهيئات الوطنية المنظمة لمجال الاستثمار كالبنك المركزي الجزائري عن طريق التعليمة 286 بتاريخ 09 ديسمبر 2010 التي استهدفت بصورة غير مباشرة الدفع باستعمال الاعتمادات المستندية وكذا التعليمة 257 من نفس التاريخ:

«…enjoint les banques commerciales de signifier à leur clientèle d'entreprises de droit algérien ayant reçu des avances en trésorerie de leur maisons-mères à l'étranger à intégrer ces avances – temporaires par définition- dans leur capital social».

Les principales mesures introduites par la note sont: l'obligation pour les sociétés de droit algérien d'intégrer les avances de trésorerie consenties postérieurement au 26 juillet 2009 à leur capital social au plus tard le 31 décembre 2010. Après intégration au capital social, ces avances bénéficieront des garanties et de rapatriement des revenus qui en découleraient, dans le cadre du règlement du 6 juin 2005 relatif aux investissements étrangers"

2 - القانون رقم 08-02 المؤرخ في 21 رجب عام 1429 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2008، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008 ، جريدة رسمية عدد 42، صادرة بتاريخ 27 جويلية 2008.

3 - الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ22 جويلية سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جويلية 2009.

4- الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق لـ 26 أوت سنة 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 29 أوت 2010.

de l'investissement (CNI) في شأن كل طلب لامتيازات تخص الاستثمار الأجنبي كلي أو في إطار شراكة مع متعامل وطني، أما **الثانية** ففي 21 من نفس الشهر و تتضمن القواعد المطبقة على الاستثمار الأجنبي وتحويل العملة الصعبة إلى الخارج [1]، أما التعليمة **الثالثة** بتاريخ 22 من نفس الشهر فهي تتعلق بإجراءات لتطهير التجارة الخارجية وضبطها، وقد أدرجت هذه التعليمات خاصة تعليمتين 21 و22 المذكورتين في شكل أحكام جديدة في قانون تطوير الاستثمار والتي جاءت خصيصا لتوجيه الاستثمار الأجنبي المباشر[2]، حيث تلزم منذ صدور قانون المالية التكميلي بأن يتم إنجاز كل استثمار من قبل أشخاص طبيعيين أو معنويين أجانب في شكل شراكة بمساهمة محلية وطنية بنسبة 51% من رأس المال الاجتماعي أو الحصص، وهو ما نصت عليه المادة 58 المتممة للمادة 04 من الأمر 01-03 في فقرتها الثانية[3].

في حين أخضعت ذات المادة نشاطات الاستيراد بغرض بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الأجانب إلى شراكة تكون المساهمة الوطنية فيها بنسبة لا تقل عن 30% من رأس المال، كما أن تعليمة الوزير الأول الخاصة بالتدابير التي أمر بها لتطهير التجارة الخارجية تقضي بأن أية عملية تسجيل لشركة أجنبية جديدة للاستيراد [4] تخضع إلى مساهمة بنسبة لا تقل عن 30% من الحصص لأشخاص طبيعيين أو معنويين جزائريين[5].

هذا وقد استبعد الأثر الرجعي لتعليمة الوزير الأول من أحكام قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتي لاقت العديد من الانتقادات من قبل المستثمرين الوطنيين والأجانب على السواء، حيث سارع الاتحاد الأوروبي بإعلام السلطات الجزائرية بأن جزءا هاما من الإجراءات يخالف حرية التجارة والتبادل وذلك في رسالة موجهة لوزير التجارة في الحكومة الجزائرية يؤكد فيها مخالفتها لاتفاق التعاون الذي يربطها بالجزائر[6]، كما أشار أيضا المفوض الأوروبي المكلف بالتجارة الخارجية[7] عدم ملائمة الأحكام الجديدة

1 - GUESMI.A; GUESMI.A, **Patriotisme économique: "Investissement étrangère et sécurité juridique "**, in L'Exigence et le Droit - Mélange en l'honneur de professeur ISSAD.M -, Université d'Alger, Juin 2011, p: 266.
2 - Loi de LFC pour 2010 " **le droit de préemption entre autres**" (IV), HADJ-ALI.S, Elwatan Economie du 11 au 17 octobre 2010.
3 - instruction du 21-12-2008, GUESMI.A; GUESMI.A, op.cit.
4 - التعليمة 22-12-2008 المتعلقة بإجراءات تطهير التجارة الخارجية.
5 - MEZOUAGHI.M; TALAHITE.F, **Les paradoxes de la souveraineté économique en Algérie**, in confluences méditerranée n° 71, 2009.
6 - المرسوم رئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أفريل 2005.
7 - La commissaire européenne au commerce extérieur écrit à Djaaboub :" **l'UE demande l'annulation des mesures Ouyahia**" M.SAADONE, le Quotidien d'Oran, quotidien d'oran.com, 27-07-2009.

مع بند الثبات المتفق عليه[1]، وكذا التزام الجزائر بالمعاملة الوطنية للخدمات المقدمة من قبل أعضاء الإتحاد[2] والقواعد التي تفرض حرية التبادل بين الطرفين.

في مواجهة هذا النقد تحججت السلطات الجزائرية بأن الإجراءات المتخذة إجراءات مشروعة في إطار ممارستها للسيادة الوطنية، كما أن لها الحق في مواجهة الإتحاد المتمسك ببند الثبات المتفق عليه أن تطبق هي كذلك بند الحماية *clause de sauvegarde* المقرر في الاتفاق.

من وجهت نظر قانونية لم يعد بإمكان المستثمرين الأجانب أن يمارسوا أنشطة في شكل مؤسسات فردية (تجار- حرفيين- مهن حرة) على إثر هذه الإجراءات ولم يبق لهم غير تأسيس شركات وفقا للقاعدة التي فرضها قانون المالية التكميلي، أما فيما يخص الشركات فقد فضلت العديد من شركات ثاني أكبر متعامل أجنبي بالجزائر والحديث عن الشركات الصينية مغادرة البلاد على إثر هذه الإجراءات المتعلقة بالتجارة الخارجية وكذا الشراكة المفروضة في باقي المجالات، إضافة إلى ما كانت تعانيه من مشاكل بيروقراطية و كذا مناخ الأعمال الذي يسود البلاد[3].

لم تثني آثار ما اتخذته الحكومة من إجراءات عزم هذه الأخيرة في فرض إجراءات أشد تضمنها قانون المالية التكميلي لسنة 2010.

الفرع الثاني : قانون المالية التكميلي 2010 تشديد في إجراءات الاستثمار الأجنبي المباشر

كما سبق ذكره لم تكن أحكام قانون المالية التكميلي2010 أقل حدة في مجال الاستثمار الأجنبي وأثرها على المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر، ومن أهم الإجراءات التي تضمنها قواعد قيد التعديلات في السجل التجاري " *Les modification des inscription au registre du commerce* "(01) وكذا فرض حق الشفعة لصالح الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية (02) في حال قرر الطرف الأجنبي التنازل عن أسهمه أو الحصص المكونة للمؤسسة الأجنبية.

---

1 - المادة 37 . 1 من الاتفاق " يمتنع الطرفين عن اتخاذ تدابير أو الشروع في أعمال من شأنها أن تجعل شروط إنشاء شركاتهما واستغلالها أكثر تعقيدا مما كانت عليه في اليوم الذي يسبق تاريخ توقيع هذا الاتفاق".

2 - المادة 32 . 1 من الاتفاق " تمنح الجزائر لإنشاء شركات المجموعة على إقليمها معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي تمنحها لشركات الدول الأخرى".

3 - 30 شركة صينية تغادر الجزائر خلال أقل من سنة، جريدة الخبر 04 سبتمبر 2009.

1ـ إجراءات قيد التعديلات في السجل التجاري: عمد المشرع في هذا القانون إلى تعديل بعض الإجراءات الخاصة بقيد التعديلات في السجل التجاري وذلك بفرض قاعدة الاستثمار في إطار شراكة الواردة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009، هذا ما جاءت به المادة 45 التي تعدل وتتمم الأمر رقم 01ـ03 في مادته 04 مكرر1 " **يترتب مسبقا على كل تعديل في عملية القيد في السجل التجاري إلزامية امتثال الشركة لقواعد توزيع رأس المال الاجتماعي المذكور أعلاه**".

إلا أن المادة 45 قد استثنت من إلزامية الخضوع لهذه القاعدة التعديلات التي تشمل:

- **تعديل رأس المال الاجتماعي (رفع / خفض) الذي لا يترتب عليه أي تغيير في المساهمة وفي تعويض رأس المال بين المساهمين؛**
- **إلغاء نشاط أو إضافة نشاط ملحق؛**
- **تعديل النشاط تبعا لتغير في قائمة النشاطات؛**
- **تعيين مدير أو مسيرين للشركة؛**
- **تغيير عنوان مقر الشركة.**

2ـ حق الشفعة المقرر لصالح الدولة أو المؤسسات العمومية : يمنح هذا الحق في حال تنازل المستثمر أو الشريك الأجنبي عن الأسهم أو الحصص، حيث حدد الأمر كيفيات تطبيق هذا الحق بمناسبة التنازل عن مساهمات الأجانب سواء شركاء أو مالكي لأغلبية أو كل الحصص والأسهم لصالح مساهمين أجانب وذلك بخضوع " **كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة**" ـ المتن للمادة 46[1]ـ من الأمر التي تعدل وتتمم المادة 04 مكرر 03 من الأمر رقم 01ـ03، ويحدد سعر التنازل عن طريق خبرة بينما تقدم شهادة التخلي خلال شهر من إيداع الطلب وفي حال انقضاء هذا الأجل دون رد يعد ذلك بمثابة تخلي عن ممارسة حق الشفعة.

كما تشير المادة 47 من ذات القانون إلى خضوع عمليات التنازل التام أو الجزئي إلى الخارج عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركات تملك أسهما أو حصصا اجتماعية في شركات خاضعة للقانون الجزائري استفادت من مزايا أو تسهيلات عند إنشاءها إلى استشارة الحكومة الجزائرية مسبقا، كما أن للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية حق إعادة شراء الأسهم أو الحصص الاجتماعية للشركة المعنية عن طريق

---

1 ـ الجدير بالإشارة أن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 هو الذي قرر حق الشفعة لصالح الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية بموجب المادة 62 التي تعدل وتتمم الأمر 01ـ03 المتعلق بتطوير الاستثمار بالمادة 4 مكرر 3، إلا أنه لم يتضمن إجراءات ممارسة هذا الحق.

التنازل المباشر أو غير المباشر، ولأجل تطبيق المادتين 46 و74 جاءت المادة 48 بإجراء احترازي ينص على أنه " **يجب على الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الأجنبي المالكين أسهما في الشركات المستقرة بالجزائر أن يبلغوا سنويا قائمة مساهميهم التي تصدق عليها المصالح المكلفة بتسيير السجل التجاري للدولة محل الإقامة**".

بالرغم من هذه الإجراءات المتخذة من طرف الحكومة فلا يمكن إقصاء المؤسسات التي لم تمسسها هذه الإجراءات في الحصول على صفقات عمومية مطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني : إبرام الصفقات العمومية مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

تحظى المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر باعتبارها مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري بنفس المعاملة التي تتمتع بها المؤسسات الوطنية في مجال إبرام الصفقات العمومية، إلا أن كثرة الدراسات التي تناولت كيفيات إبرام الصفقات العمومية[1] مؤسسة ذلك على اعتبار الصفقة العمومية عقد من العقود الإدارية، جعلنا ننئ بدراستنا هذه إلى معرفة الجوانب التي تتعلق بالمتعامل المتعاقد في تصورنا للصفقة كعقد من عقود الأعمال في النظام القانوني الجزائري.

لذا نهتم بجوانب أخرى في هذا المبحث تاركين الجانب الإجرائي لما تقدم من دراسات وذلك لما تتمتع به المؤسسات الكائنة بالجزائر من امتيازات (**مطلب أول**) مقارنة بالمؤسسات الأجنبية الأخرى، وكذا الالتزامات التي تقع على عاتق هذا النمط من المؤسسات (**مطلب ثاني**) وكيفيات دخولها في الصفقات العمومية (**مطلب ثالث**).

---

1 ـ من بين الدراسات التي تناولت الجانب الإجرائي الإداري لإبرام الصفقات العمومية نذكر:

- بوضياف عمار، **الصفقات العمومية في الجزائر**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007 .
- قدوج حمامة، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006.
- عبيد ريم، **طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2005.
- لوز رياض، **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، رسالة ماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية – كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر سنة 2007.

المطلب الأول : الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الكائنة بالجزائر في مجال الصفقات العمومية

سبق الإشارة إلى أن أحكام قانون الاستثمار لسنة 1963 قد منحت امتيازا لصالح المؤسسات الأجنبية التي تنجز استثمارات بالجزائر بأسبقية في الحصول على الصفقات العمومية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى أن المنشور الصادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية السالف الذكر قد منح امتيازات لهذا النمط من المؤسسات على حساب المؤسسات الأجنبية الأخرى تحت عنوان:

Avantages prévus par le code des marchés publics en faveur des entreprises installées en Algérie

أكدت ذلك باقي التنظيمات التي أعقبت الأمر رقم 67-90 المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال أحكام المزايدة (**فرع أول**) إمكانية لاختيار المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر كمتعامل ثانوي (**فرع ثاني**) وأخيرا تمتعها بأفضلية وأسبقية على باقي المؤسسات الأجنبية (**فرع ثالث**).

الفرع الأول : المساهمة في الصفقات المبرمة وفقا لإجراء المزايدة

بداية من الأمر رقم 67-90 وحتى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم آخر تنظيمات الصفقات العمومية، استقر المشرع الجزائري على منح هذا الامتياز للمؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر وهذا من خلال التعريفات التي قدمها كل تنظيم لإجراء المزايدة.

<u>1- المزايدة في الأمر 67-90</u>: تنص المادة 32 من الأمر على أنه " **إذا لم تتضمن الصفقة إلا توريدات بسيطة من النوع العادي فتبرم دائما عن طريق المناقصة**" إلا أنه بالعودة إلى النص الفرنسي للأمر المذكور نجده في نفس المادة ينص على:

"***lorsque le marché ne comporte que des fournitures simple d'un type courant, il est toujours passé par <u>l'adjudication</u>***"

وهو ما يطرح مشكلة وحدة المصطلحات في التشريع الجزائري، في حين يوافق هذا التعريف بعض التعاريف المقدمة في بعض الدراسات:

« L'adjudication au moins disant consiste en l'attribution automatique au soumissionnaire qui aura fait la meilleure proposition de prix par rapport aux autres candidats". [1]

***l'adjudication**: fait d'attribuer automatiquement le marché a entrepreneur le fournisseur ou le prestataire le moins cher c'est-à-dire le moins disant* [2] **.**

بينما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن هذا النمط من الصفقات " **وتخصص هذه المناقصات للمؤسسات المستقرة بالجزائر**".

"***l'adjudication est réservée aux entreprises installées en Algérie***".

2ـ المزايدة ضمن المرسوم التنفيذي 434ـ91 المرسومين الرئاسيين 250ـ02 و 236ـ10 [3]:

تنص المادة 29 من المرسوم التنفيذي 434ـ91 على " **المزايدة إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسنا عرضا وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين المواطنين والأجانب العاملين بالجزائر**"، في حين أن المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 250ـ02 تنص على أن" **المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين والأجانب المقيمين بالجزائر**"، نلاحظ من خلال هاذين النصين أن المشرع قد وسع من نطاق المزايدة فيما يخص موضوع الصفقة عكس ما كانت عليه في أمر 1967 الذي حصرها في نطاق التوريدات *les fournitures*، لتشمل جميع العمليات البسيطة في حين أقرت المادتين وجوب حصول المتعهد الذي يقدم أحسن عرض على الصفقة وفقا لهذا الإجراء وهو ذات الحكم الذي نص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في مادته 04 [4] إلا أنهما لم توضحا معيار الأحسن عرضا؟

لا يتضح معيار الأحسن عرضا إلا بالعودة إلى النص الفرنسي لكلا المادتين حيث أن العارض الذي يقدم أقل ثمنا -*le moins disant*- [5] هو الذي يتحصل على الصفقة.

---

1 - BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, p: 225.
2 - BEAUGE.Th, **Dictionnaire de la commande publique**, Université Nice Sofia Antipolis, Juin 2011, p: 6.
3 ـ من خلال هذه النصوص أصبحت المزايدة نوعا من أنواع المناقصة بعدما كانت إجراء مستقلا procedure de Principe ضمن أحكام الأمر 67ـ90.
4 ـ تشمل المزايدة أو المناقصة المفتوحة:...
جـ- على الالتزام بعدم إسناد الصفقة إلا للمشارك الأحسن عرضا.
5 - BEAUGE.Th, op.cit, p: 128 " **Modalité d'attribution du marché au moins cher des soumissionnaires, attribution automatique au moins cher que son prix était inférieur à un prix maximum fixé au préalable par le service contractant**".

في حين أكدت المادتين على نية المشرع في منح المؤسسات الأجنبية لهذا الامتياز رغم أن المؤسسات الوطنية قادرة على تنفيذ هذه الصفقات[1] التي لا تتطلب مؤهلات تقنية وفنية معقدة وذلك قد يعود لما تقدمه هذه المؤسسات من مناصب شغل وزيادة في الإنتاج الوطني وكذا تشكيل القطاع الوطني الخاص.

أما فيما يخص المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فتنص المادة 33 منه على أن " **المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا وتشمل العمليات من النمط العادي ولا تخصص إلا للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري**". بذلك يكون المشرع قد أكد توجهه في النصوص الواردة بالمادتين 29 من المرسوم 91-434 والمرسوم الرئاسي 02-250 بأن معيار الثمن هو المعيار المحدد " ***Critère déterminant***" لاختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات المبرمة وفقا لإجراء المزايدة، بحيث تصبح سلطة الإدارة مقيدة في اختيارها بهذا المعيار.

الفرع الثاني : اختيار المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر كمتعامل ثانوي

يعرف التعامل الثانوي عموما على أنه" **عملية يوكل من خلالها المقاول أو المتعامل المتعاقد تنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو الصفقة المبرمة مع رب العمل إلى متعامل ثانوي**"[2].

إلا أنه بالعودة إلى النصوص التنظيمية للصفقات العمومية نجد أن التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية لا يكون إلا في جزء من موضوع الصفقة العمومية وطنية كانت أو دولية، وذلك بداية من المرسوم 82-145 في مادته 98 وانتهاء بالمرسوم 10-236 المعدل والمتمم في مادته 107، إذ نصت جميعها على أن" **يشمل التعامل الثانوي جزء من موضوع الصفقة في إطار التزامات تعاقدية تربط المتعامل الثانوي بالمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مباشرة**".

كما أن المتعامل الثانوي في الصفقات العمومية يعتبر خروجا عن مبدأ التنفيذ الشخصي للصفقة، لذا ألزم المشرع حصول المتعامل الثانوي على ترخيص مسبق من طرف

---

1 - المرسوم رقم 82-145 المادة 33 " **المناقصة هي إجراء يسمح بمنح الصفقة للعارض الذي يطلب أقل الأثمان وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المرشحين المواطنين**".

2 - LAGGOUNE.W, **La sous-traitance des marchés publics en Algérie**, In (R.A.S.J.E.P), Vol 20, n°03, Mars 1983, pp: 99-127.

الإدارة، وكذا النص صراحة على مجال التعامل الثانوي ضمن دفتر الشروط قبل البدء في تنفيذ الصفقة[1].

في حين أن المادة 15 من الأمر رقم 67-90 أقرت امتياز الدخول كمتعامل ثانوي للمؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر فقط دون غيرهم[2]، ورغم أن التنظيمات التي تلت الأمر 67-90 تخلت عن هذا الحكم إلا أن الواقع العملي لم يتخلى عن هذا المبدأ إذ تنص التعليمة الصادرة عن الوزير الأول بتاريخ 21 ديسمبر 2009 على ترقية شرط العمل في مناولة المؤسسات المحلية وفرضه على المؤسسات الأجنبية كلما تبين أن اللجوء إلى هذه الأخيرة لا غنى عنه، وهذا الامتياز مقرر لنفس الأسباب التي منح لأجلها امتياز دخول الصفقات المبرمة وفقا لإجراء المزايدة.

الفرع الثالث : أسبقية في الحصول على الصفقات العمومية

قدم هذا الامتياز بادئ الأمر لتشجيع المؤسسات الأجنبية على الاستثمار بالجزائر في ظل قانون الاستثمارات لسنة 1963، كما أن المنشور الصادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية قد أقر هذا الامتياز لصالح المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر على حساب باقي المؤسسات الأجنبية الأخرى، بل تتمتع هذه المؤسسات بأسبقية اختيارها من طرف المصلحة المتعاقدة حتى وإن كان الثمن المقدم من قبل هذه المؤسسات أعلى من العرض المالي المقدم من مؤسسة أجنبية أخرى[3]، إذ تنص المادة 19 من المرسوم 02-250 على أن " **يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15% للمنتوج الوطني ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 11 أعلاه**" وتطبق هذه الأفضلية في الصفقات الدولية وفقا للقرار الوزاري المؤرخ في 22 فيفري 2003[4] كما يلي:

---

1 - المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم المادة 109 "**يمكن اللجوء إلى التعامل الثانوي ضمن الشروط الآتية:**
- **يجب أن يحدد في الصفقة صراحة على المجال الرئيس للجوء إلى التعامل الثانوي، وفي دفتر الشروط إن أمكن.**
- **ينبغي أن يحظى كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما ...**".

2 - المادة 15 من الأمر رقم 67-90 "**...غير أنه يمكن أن توضع استثناءات لهذه القاعدة عند عدم وجودهم بعد استشارة اللجنة المركزية...**".
- KOBTAN.M, **Le régime juridique des contras du secteur public**, Thèse pour le doctorat d'Etat, Institue de Droit et des Sciences Administratives, Université d'Alger, 1982, p: 229, " **La loi criée ici une incapacité spéciale aux étrangers. Des exceptions sont cependant prévues après avis de la C.C.M**".

3 - AGENCE NATIONAL DES BARRAGES ET TRANSFERTS, CAHIER DES CHARGES TYPE AYANT POUR L'OBJET LE LANCEMENT D'UN APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT POUR LA CONSULTATION D'UN MARCHE EN VUE DE L'ELABORATION DE L'ETUDE D'AVANT PROJET DETAILLEE …, l'art 11.B du cahier des prescription générales " L'analyse Financière:
- En application des disposition de l'article 19 du décret n°02-250…, une marge de préférence de 15% est accordée aux bureaux d'études de droit algérien…" les bureaux d'études installées en Algérie.

4 - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1423 الموافق لـ 22 فيفري سنة 2003 يتعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 26 مارس 2003.

1ـ فيما يتعلق بصفقات التوريدات: والمتعلقة بالمتعهدين المعنيين الذين يعرضون سلعا مصنعة محليا غير مستوردة فتستفيد هذه الأخيرة بنسبة 15% إذا ما قدمت شهادة تثبت بأن السلع الموردة جزائرية الأصل.

2ـ فيما يخص صفقات الأشغال والخدمات والدراسات: تستفيد من هذه الأفضلية المؤسسات التي تثبت خضوعها للتشريع الجزائري إي لا يشترط أن تكون جنسيتها جزائرية بالضرورة، مما يعني امتداد الاستفادة من هامش الأفضلية حتى بالنسبة للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر.

للإشارة فإن مشروع تعديل مرسوم 2002 في مادته 19 كان يرمي إلى زيادة هامش الأفضلية لصالح هذه المؤسسات لتصل إلى 25% بالنص على:

Un marge de préférence, d'un taux de 25% est accordée aux produits d'origine algérienne et/ou aux entreprises de droit algérien pour tous les types de marchés visés à l'article 11 ci-dessus".

إلا أن مرسوم سنة 2010 فضل منح هذا الهامش لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والتي يحوز الجزائريون المقيمون أغلبية رأسمالها[1]، وذلك في صفقات الأشغال والخدمات والدراسات حسب ما تنص عليه المادة 02 الفقرة 02 من القرار المتضمن كيفيات تطبيق هامش الأفضلية[2] تطبيقا لأحكام المادة 23 في فقرتها الأولى، ولم تعد تستفيد المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر إلا من هامش الأفضلية في صفقات اللوازم إذا أثبتت المنتوج ذي المنشأ الجزائري طبقا لأحكام الفقرة 01 من المادة 02 من القرار[3].

---

1 ـ تجدر الإشارة أن مشروع تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 الذي تم إرساله للولاة لإبداء رأيهم في أحكامه بتاريخ 04 مارس 2010 قد نص في مشروع تعديل المادة 19 في فقرتها الأخيرة على:

"l'entreprise étrangères de droit algérien qui ne mobiliserait pas des biens, des services et des compétences établies localement, n'ouvre pas droit au bénéfice de la marge de préférence nationale".

2 ـ **الملحق 05:** قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

3 - LEZZAR.(N.E), **Le régime juridique du contrat international dans le droit algérien: les réformes à reculons**, in l'Exigence et le Droit – Mélange en l'honneur de professeur ISSAD.M - , Université d'Alger, Juin 2011, pp: 373-388." **…une importance est aussi donnée à la condition de nationalité et de résidence des actionnaires et détenteurs des capitaux, ce qui va à contre sens de l'histoire et de l'évolution des doits modernes qui militent pour la dénationalisation des investissements et des apports économiques**".

المطلب الثاني : شروط دخول المؤسسات الكائنة بالجزائر في الصفقات العمومية – التأهيل

في مقابل الامتيازات التي تتمتع بها المؤسسات الكائنة بالجزائر، يقتضي منح الصفقات العمومية لهذا النمط من المؤسسات شروطا لابد لهذه الأخيرة أن تستوفيها ضمانا لحصول المصلحة المتعاقدة على أفضل العروض وجديتها، حسب طبيعة كل عملية، تتعلق مثلا بالملاءة المالية للمؤسسة المتعهدة[1]، أهلية للمؤسسة وممثلها القانوني[2]، وأداء المستحقات العائدة للإدارات الجبائية[3].

إلا أن أهم شروط حصول المؤسسات على الصفقات العمومية هو المبدأ الذي جاءت به المادة 35 " **لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة**"، إذ يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية.

وتخضع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر كما المؤسسات الوطنية لهذا الالتزام أو الشرط المقرر في مجال الصفقات العمومية، ويختلف شكل التأهيل[4] تبعا لموضوع الصفقة، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد اهتم بتأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري[5] (**فرع أول**) واكتفى بإمكانية أن يكتسي التأهيل طابع الاعتماد الإلزامي في غيرها من الصفقات (**فرع ثاني**).

---

1 ـ كفالة تعهد تفوق 1 % من مبلغ العرض فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم وتخضع الشروط المبينة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10ـ236.

2 ـ المادة 51 من ضمن وثائق العرض التقني: "...

- **القانون الأساسي للمؤسسة المتعهدة والسجل التجاري ... البطاقة المهنية للحرفي ومستخرج من سجل الصناعة التقليدية فيما يخص الحفيين الفنيين؛**
- **مستخرج من صحيفة السوابق القضائية عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة....**".

3 ـ يتضمن العرض التقني كذلك:

- **الشهادات الجبائية وهيئات الضمان الاجتماعي...؛**
- **شهادة الإيداع القانوني لحسابات الشركة فيما يخص الشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية القانونية والخاضعة للقانون الجزائري**".

4 ـ تأهيل شخص هو مجموع الإمكانيات والمعارف المكتسبة لعامل من أجل ممارسة نشاط إنتاج أو بمعنى أوسع تكوين لوظيفة تقنية متخصصة.

- **Le nouveau petit Robert**, Dictionnaire de la langue française, Edition le Robert 2003, p: 2129.

5 ـ قدم تعريفا للتأهيل la qualification مفاده أنه " **الاعتراف بقدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة المادية والبشرية والتقنية لانجاز أشغال معينة حسب نوعها ودرجة تعقدها**" حسب التعريف الذي جاء في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 93ـ298 المؤرخ في 28 نوفمبر1993 المعدل والمتمم.

الفرع الأول : تأهيل المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر المتدخلة في ميدان البناء والأشغال العمومية والري[1]

شهدت قطاعات البناء والأشغال العمومية والري في السنوات الأخير الماضية أهمية كبرى نتيجة لما تشهده الجزائر من مشاريع تنموية كبيرة والتي تم الإعلان عنها من طرف الحكومة، وكنتيجة لضخامة هذه المشاريع فان هذه القطاعات تعرف إقبالا كبيرا من المؤسسات التي تختص في هذا المجال من النشاطات الاقتصادية، ولكن تدخل المؤسسات في هذه النشاطات المرتبطة بصفقات انجاز الأشغال التي تعتبر من أهم الصفقات تتطلب شرط التأهيل.

وقد حدد المرسوم 93-289 من خلال أحكامه معايير تأهيل المؤسسات المتدخلة في مجال البناء والأشغال العامة والري (**1**) والتي تخضع لها المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر وفقا لمبدأ المعاملة الوطنية الذي تخضع له باعتبارها مؤسسات خاضعة للتشريع الجزائري، كما نص أيضا على وضع أصناف لهذه المؤسسات (**2**) كمرتبة تمنح لها مقارنة بإمكانية إنجاز المشاريع حسب حجم وأهمية هذه المشاريع، نوجز أحكام كالآتي:

1- <u>معايير تأهيل المؤسسات الكائنة بالجزائر:</u> تطرق المشرع الجزائري لتحديد هذه المعايير من خلال المرسوم رقم 67-81 المؤرخ في 11 ماي 1967 الذي يحدد بموجبه الشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الأشغال العمومية والبناء إبرام صفقات مع مصالح وزارة الشغال العمومية والبناء في نص المادة 04 فقرة2 حيث جاء فيها أن لجنة الوصف والتصنيف تتحقق من أهلية المقاولات في مختلف أنواع النشاطات الصناعية المعنية بالنظر إلى مراجعها المحققة وإمكانياتها التقنية.

إلا أنه لم يعد لذكر هذه المعايير في النصوص الحالية والسارية المفعول التي تنظم شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، غير أن الهيئات المكلفة بالتأهيل تعتمد على هذه المعايير

---

[1] - قرار 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل حيث جاء في نص المادة 3 منه " **إن الشروط الواجب توفرها للمشاركة في الصفقات العمومية هي:**

- **لا يعهد بتنفيذ الصفقات إلا لمقاولة ذات الأهلية القضائية والتقنية والمالية اللازمة وتتولى الإدارة تقديرها لهذه الأهلية بصفة قطعية.**
- **يجب على الأشخاص أو الشركات ذات الوضعية القانونية أن تكون مرخصة مسبقا من قبل الإدارة ليتسنى لها تقديم عروضها**".

في الواقع العملي أثناء قيامها بتأهيل المؤسسة بناءا على الملف والوثائق الثبوتية المقدمة لطلب الحصول على شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين [1].

ويستند التأهيل على معيارين أساسين هما:

1.1- <u>تجربة المؤسسة التي تثبت من خلال المشاريع المنجزة:</u> إن تأهيل المؤسسة في نشاط ما وفي تخصصات معينة تكون أولا على أساس تجربتها في ذلك النشاط المطلوب التأهيل فيه والتي تثبتها من خلال المشاريع المنجزة من طرفها على حسب المعايير الفنية والتقنية المعمول بها، وذلك بواسطة الوسائل المادية والبشرية الخاصة بها.

ولكن المشاريع التي تؤخذ بعين الاعتبار للتأهيل هي التي قامت المؤسسة بإنجاز مجموع الأشغال لوحدها ودون اللجوء إلى المتعامل الثانوي أو في حالات بحدود معينة[2].

إن الهيئات المكلفة بالتأهيل تعتمد في تأهيلها للمؤسسة على مراجعها المهنية المحققة أي على أساس تجربتها التي تثبتها من خلال شهادات حسن التنفيذ المقدمة من قبل أصحاب المشاريع.

2.1- <u>الوسائل المادية والتقنية الخاصة بالمؤسسة:</u> لتأهيل المؤسسة في نشاط معين يتطلب منها أيضا شرط امتلاكها لوسائل مادية من آلات وتجهيزات خاصة للتدخل في المجال الذي طلبت التأهيل فيه؛ فعلى المؤسسة إثبات قدرتها على الانجاز بتوفير الوسائل التقنية والمادية المتعلقة بالتخصصات والقطاع الذي تريد ممارسة نشاطها فيه.

فلابد على المؤسسة طالبة التأهيل من إعطاء قائمة مفصلة بالوسائل المادية الخاصة بها والتي تمتلكها أو الموضوعة تحت تصرفها والتي تمكنها من التدخل في المجال المطلوب التأهيل فيه، لأن كل قطاع يحتاج إلى وسائل مادية خاصة به وتميزه عن غيره من القطاعات.

---

1 ـ بوشعير أمال، <u>تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري</u>، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009ـ2010، ص: 21.

2 ـ المرجع نفسه، ص: 23.

وحسب ما سبق تبيانه فان المعايير الأساسية للتأهيل بالنسبة للمؤسسة هو تجربتها في النشاط المطلوب حصولها فيه على التأهيل حيث تثبت ذلك بواسطة الشهادات الإدارية المقدمة من أصحاب المشاريع وكذلك بالنظر إلى وسائل التدخل الخاصة بها.

وخلاصة القول أن التأهيل هو إجراء مؤسس على معايير موجهة لتقيم المؤسسة ومعرفة مدى قدرتها على انجاز أشغال في نشاط ما وتخصصات محددة، التي تمتاز بتقنيات خاصة تتطلب إتقانها من قبل المؤسسة وذلك بتحكمها في المعرفة الفنية لهذه التقنيات والتي تتطلب أيضا توفير وسائل مادية وتقنية وقدرات بشرية للتمكن من انجاز مشاريع، مهما كانت درجة تعقدها وحجمها على حسب المقاييس التقنية والفنية الدولية المعمول بها.

2ـ تصنيف المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر المتدخلة في مجال البناء والأشغال العمومية والري: يتمثل التصنيف في منح درجة معينة للمؤسسة ضمن سلم يتراوح من درجة واحد إلى تسعة[1]، وهذا بالنظر إلى عدد النقاط التي تحصلت عليها المؤسسة أثناء تقييم وتنقيط ملفها المتضمن طلب شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، تصنيف المؤسسة في درجة ما تكون بطريقة حسابية تحدد وتضبط كيفياتها بقرار من الوزراء المعنيين[2].

ولقد تم تعريف التصنيف في نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 05ـ114 المعدل والمتمم للمرسوم 93ـ289 بأنه " **يحدد أهمية المؤسسة أو مجموعة المؤسسات ومدى قدرتها على انجاز الأشغال ذات حجم معين على أساس المعايير المحددة في المادة 7 من هذا المرسوم**".

2ـ1ـ معايير التصنيف: المشرع الجزائري في المرسوم 93ـ289 قبل التعديل وفي نص المادة 2 منه كان يعتمد في تصنيف المؤسسة على معيارين وهما:

- معدل عدد العمال المشغلين سنويا.
- رقم الأعمال السنوي المحقق أهمية المؤسسة وقدرتها على انجاز أشغال ذات حجم معين.

ولكن نظرا للنقائص التي عرفتها القطاعات الثلاثة وبعد زلزال 21 ماي 2003 وما نتج عنه من أحداث خاصة فيما يتعلق بمجال البناء وما عرفته مؤسسات الانجاز من

---

1 ـ ضمن أحكام المرسوم رقم 67 ـ81 قسم المؤسسات إلى 6 أصناف أما في المرسوم 83ـ135 المؤرخ في 19 فيفري 1983 فان تصنيف المؤسسات أصبح مقسم إلى 9 أصناف الذي مازال ساري المفعول في المرسوم الحالي، جريدة رسمية عدد 8، صادرة بتاريخ 22 فيفري 1983.

2 ـ بوشعير أمال، تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري المرجع السابق، ص: 41.

عجز[1]، ونتيجة لأن معظم هذه المؤسسات ذات حجم وقدرات صغيرة[2] فقد تم تعديل معايير التصنيف من خلال المرسوم التنفيذي رقم 05-114 حيث أضاف معايير أخرى نصت عليها المادة5 التي تعدل وتتمم المادة 7 من المرسوم 93-289 .

وحسب المادة7 من مرسوم 93-289 المعدل والمتمم فقد حددت معايير التصنيف كما يلي:

- العدد الإجمالي لعمال المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المحسوب للسنة الأخيرة والمصرح به لصندوق الضمان الاجتماعي والذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية وأعوان التحكم ذوي الاختصاص المتصل بنشاطات البناء والأشغال العمومية والري، ويجب أن يمثل هذا التأطير المصرح به سنة على الأقل لدى صندوق الضمان الاجتماعي مابين10 ٪و20 ٪من العدد لإجمالي للعمال[3].
- قيمة وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسة أو مجموع المؤسسات: ويقصد بها:
  - قيمة اقتناء وسائل التدخل المادية المشتراة خلال سنة إيداع ملف طلب الشهادة.
  - قيمة وسائل التدخل المادية المصرحة والمؤشر عليها من خبير مؤهل (مندوب حسابات، خبير سيارات، محافظ بيع بالمزاد العلني) .
- رأسمال المؤسسة أو مجموع المؤسسات: رأسمال الاجتماعي للمؤسسة هو مبلغ الحصص المقدمة من الشركاء، والذي يجب أن يظهر في القانون الأساسي للشركة، حيث يختلف باختلاف نماذج الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري يكون يساوي أو يقل عن 100الف دج بالنسبة لشركات الأشخاص (شركات التضامن، التوصية البسيطة، المسؤولية المحدودة) وما بين

---

1 ـ بوشعير أمال، **تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري** المرجع السابق، ص: 42.

2 ـ حسب تصريحات وزير السكن السابق نذير حميميد أن من بين 20558 مؤسسة مؤهلة يوجد 99 ٪ منها مصنفة من الدرجة 1 إلى 4 وباقي المؤسسات مصنفة من الدرجة 5 إلى 9 بعدد 250 مؤسسة تمثل نسبة 1 ٪ من مجموع المؤسسات المؤهلة، جريدة المجاهد 26 نوفمبر 2004.

3 ـ بوشعير أمال، المرجع نفسه، حسب مشروع التعليمة الوزارية المشتركة المتعلقة بتطبيق القرار الوزاري المشترك الذي يحدد كيفيات التصنيف المهني للمؤسسات ومجموع المؤسسات لسنة 2005 (هذه التعليمة مازالت في مرحلة الإمضاء) حددت ماذا يقصد بالتأطير كما يلي :

- مهندس ، مهندس معماري،متصرف إداري وجامعيين ؛
- تقني سامي وتقني (كل الأصناف مجتمعة)؛
- مراقب تقني؛
- مسير أشغال ، طبوغراف ، عون مخبر، مساعد تقني مختص؛
- آخرون (أعوان التحكم ذوي تكوين تقني و/أو إداري)

1 مليون بالتأسيس الفوري و 5 مليون باللجوء العلني للادخار بالنسبة لشركة المساهمة[1].

- رقم الأعمال المحقق في قطاع البناء والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة الجبائية ومستخرج جدول الضرائب.
- الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع والتي تثبت فيها أهمية الأشغال التي أنجزتها المؤسسة أو مجموع المؤسسات وتكاليفها ونوعيتها التقنية وكذا احترام أجال الانجاز المحددة في العقد.

2.2. كيفيات التصنيف: حسب ما سبق ذكره فان المؤسسات مصنفة إلى 9 أصناف مقسمة من الدرجة 1 إلى 4 وتمثل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومن الدرجة 5 إلى 9 تمثل المؤسسات الكبيرة.

حيث أن تصنيف المؤسسة في درجة معينة يتم بطريقة حسابية وذلك على أساس تنقيط لمعايير التصنيف المذكورة سابقا بحيث نصت المادة 8 من المرسوم 93-289 المعدل والمتمم على أنه " **يحدد تصنيف المؤسسة حسب انتمائها إلى صنف معين ويضبط كيفيات تصنيف المؤسسات في صنف ما بقرار مشترك بين الوزراء المعنيين**". وتطبيقا لنص هذه المادة صدر القرار الوزاري المشترك الذي يحدد كيفيات التصنيف المهني للمؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري المؤرخ في 3 ديسمبر 2005[2].

حسب هذا القرار فان تصنيف المؤسسة في صنف معين يكون عن طريق معادلة حسابية تضم مجموع المعايير بحيث أن كل معيار لديه معامل ونقطة تقيميه والنقطة الإجمالية المحصل عليها اثر هذه المعادلة هي التي تحدد تصنيف المؤسسة[3].

---

1 - المادتين 594 و566 من القانون التجاري.

2 - جريدة رسمية عدد 27، صادرة بتاريخ 26 أفريل 2006.

3 - بوشعير أمال، تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري المرجع السابق، ص : 50-54.

الفرع الثاني : تأهيل المؤسسات في مجال صفقات الدراسات والخدمات واللوازم

كما سبقت الإشارة أن المشرع لم يهتم بوضع نصوص قانونية تحدد كيفيات تأهيل المؤسسات الأجنبية خاصة والمؤسسات الجزائرية عامة في مجال صفقات الدراسات ، الخدمات والتوريد، واكتفى بالنص على أن " **التأهيل قد يتخذ الاعتماد الإلزامي**"[1]، هذا ما قد يحيلنا إلى خضوع الأنشطة الممارسة في هذا المجال إلى الحصول على ترخيص أو اعتماد أو رخصة في مجال الأنشطة المقننة[2] والأنشطة المحتكرة من قبل الدولة والتي تمارسها مؤسسات تعهد الدولة لها بها في إطار عقد امتياز، واللذان يعتبران من الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الاستثمار[3] المقرر في المرسوم التشريعي 93-12[4].

ويعرف الاعتماد على أنه" **ترخيص إداري مسبق إلزامي وانفرادي الذي يسمح بوجود مؤسسة خاصة في الجزائر** "[5] حيث يعد أفضل وسيلة لمراقبة نشاط المؤسسات في المجال الاقتصادي تحقيقا للمصلحة العامة والذي تخضع له العديد من الأنشطة الاقتصادية،

من جهة أخرى فإن الاعتماد يندرج تحت مفهوم عام هو الترخيص الذي قد يتخذ العديد من الصور[6].

ولأجل هذا صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المتعلق بمعايير تحديد وتأطير الأنشطة والمهن المقننة الخاضعة لإلزامية التسجيل في السجل التجاري عدد فيها جملة من الأنشطة والمهن المقننة والنظام الذي تخضع له والجهة المانحة للترخيص، مرجعا أسباب تنظيمها قانونيا لارتباطها بأحد المجالات الآتية:

- النظام العام؛
- أمن الممتلكات والأشخاص؛
- المحافظة على الصحة العامة؛

---

1 ـ المادة 37 من المرسوم الرئاسي 10-236، انظر كذلك المرسوم الرئاسي 02-250 المادة 33، المرسوم التنفيذي 91-434 المادة 33، المرسوم 82-145 المادة 37.

2 ـ الأنشطة المقننة هي كل نشاط منظم مهنيا، تقنيا وقانونيا، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون أعمال، للأستاذ الشريف بن ناجي، دفعة 2009-2010.

3 -BENNADJI.Ch, **La notion d'activités réglementées**, in revue IDARA de l'ENA, Vol n°10, n° 2, 2000.

4 ـ المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 "**تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة**".

والمادة 04 من الأمر 01-03 " **تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة**".

5 -LAGGOUNE.W, **Le Contrôle de L'Etat Sur les Entreprises Privées Industrielles en Algérie**, Thèse de Doctorat, Université d'Alger, 1996, p:21.

6 ـ محاضرات في مقياس الأنشطة المقننة للأستاذ شريف بن ناجي، 2009-2010، من الأشكال القانونية التي يتخذها: الامتياز Concession – الرخصة License ـ الاعتماد Agreement ـ التأهيل Habilitation...

- المحافظة على المعنويات و أخلاقيات؛
- حماية الحقوق المشروعة للأفراد ؛
- المحافظة على الثروة الطبيعية والممتلكات العامة التي تشكل الملك العام؛
- احترام المحيط والمناطق المحمية؛
- المحافظة على الاقتصاد الوطني.

ومتى ما استوفت المؤسسات الكائنة بالجزائر الشروط المقررة قانونا لتقديم تعهداتها فإن كيفيات دخولها في مرحلة تكوين الصفقة يكون وفقا لأشكال وآليات مختلفة.

المطلب الثالث : كيفيات مساهمة المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر في الصفقات العمومية

يجب التفرقة بين المؤسسات الأجنبية التي تقدم تعهدات بإنجاز موضع الصفقة بصفة مباشرة وتلك المؤسسات التي تساهم في تنفيذ الصفقة بصفة غير مباشرة.

بالنسبة للطريقة الأولى نجد قواعد تتعلق بتحصيص الصفقات، تجمع المؤسسات أما بالنسبة للطريقة الثانية للمساهمة في إنجاز الصفقات نجد الشكل الأكثر انتشارا يتمثل أساسا في التعامل الثانوي والذي تمت الإشارة إليه كامتياز من امتيازات المؤسسة الكائنة بالجزائر، لتفادي تكرار ما يتعلق بالتعامل الثانوي نستعرض بعض القواعد التي تضمنها قانون الصفقات العمومية تسمح بلجوء المصلحة المتعاقدة بتحصيص الصفقات *Allotissement* (**فرع أول**) ، ثم أحكام تقديم تعهدات المؤسسات في شكل تجمع مؤسسات *Groupements momentanés d'entreprises" la Cotraitance*،تلتزم فيما بينها بإنجاز موضوع الصفقة (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : تحصيص الصفقات

تسمح المادة 15 من المرسوم رقم 10-236 لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تخصيص حصص منفصلة تمنح كل حصة لمتعامل متعاقد أو أكثر، حيث تنص الفقرة 02 منها على أن " **اللجوء للتحصيص الواجب القيام به كلما أمكن ذلك حسب طبيعة وأهمية العملية، ومراعاة للمزايا الاقتصادية والمالية و/أو التقنية التي توفرها هذه العملية من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها...**" وهذه العملية تعد آلية لحصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بما فيها المؤسسات الأجنبية

الكائنة بالجزائر للحصول على صفقات وفقا لمؤهلاتها التقنية والفنية في مواجهة المنافسة الكبيرة التي تتلقاها من المؤسسات الأجنبية، كما أنها استبعاد ضمني للصفقات المجملة *contrat globalisés*[1] التي لجأت إلها المصالح المتعاقدة في سنوات نهاية الستينيات حتى أواخر الثمانينات.

وتعد أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 في هذا الشأن أكثر وضوحا من حيث معايير اللجوء إلى عملية التحصيص وتأطيرها بالنظر إلى تنظيمات الصفقات العمومية السابقة[2]، إذ تنص المادة 11 [3]على أنه في " **حال تحصيص الحاجات فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات المبلغ الإجمالي لجميع الحصص**"، كما أن الفقرة الأخيرة من نفس المادة تمنع تحصيص الحاجات بهدف تفادي حدود الاختصاصات المحددة بموجب الإجراءات المنصوص عليها ضمن أحكام المرسوم، بينما قررت المادة 15[4] السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اللجوء شريطة تعليل اللجوء إليه متى اقتضت الحاجة لذلك.

الفرع الثاني : تجمع المؤسسات

تضمنت المادة 21 جواز منح الصفقات العمومية لأشخاص طبيعية أو معنوية في إطار تجمع مؤسسات، هذه الآلية التي كانت التنظيمات السابقة أقل اهتماما بها ولو أنها سمحت بها بصفة ضمنية وذلك في قراءة لأحكام المتعاملين المتعاقدين في النصوص السابقة كالمادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي تنص على أنه " **يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى أو مشتركين ومتضامنين**" إلا أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 عن طريق المادة 21 والمادة 59 قد نظم هذه الآلية في صورتين هما:

1- التجمع بالتضامن *Groupement solidaire*: حيث يلزم كل عضو في التجمع بتنفيذ كافة الخدمات موضوع الصفقة لا عن ما يحدد له من طرف التجمع؛ إذ لا تسري الاتفاقات الواردة بين أعضاء التجمع لتقسيم الخدمات على المصلحة المتعاقدة التي

1- BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, pp: 409-415.

2 - أنظر المادة 22 من الأمر رقم 67-90، المادة 14 من المرسوم 82-145، المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

3- تندرج ضمن أحكام تحديد الحاجات القسم الأول من الباب الثاني المتعلق بتحديد الحاجات والصفقات والمتعاملين المتعاقدين الذي لم تتضمنه التنظيمات السابقة للصفقات العمومية.

4 - المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ، في مادته 6 التي تعدل وتتمم المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

يمكنها مسائلة أي عضو عن سوء أو تأخر في إنجاز الصفقة حتى وإن لم يكن هو السبب فيه، حيث تلتزم هذه المؤسسة بتعويض الضرر الذي يمكن أن تسببه مؤسسة أخرى عضو في المجمع.

ولتفادي هذه المسؤولية التضامنية يمكن أن تشكل المؤسسات تجمعا بالشراكة.

<u>2- التجمع بالشراكة *groupement conjoint*</u>: يختلف هذا النمط عن سابقه في أن كل عضو مسؤول عن جزء من الخدمات التي تحدد ضمن دفتر شروط الصفقة، في حين يبقى وكيل التجمع أو ***chef de file*** الذي يعين يحوز أغلبية في التجمع متضامنا وجوبا مع كل عضو من أعضاء التجمع في التزاماته التعاقدية تجاه المصلحة المتعاقدة.

للإشارة فإن التجمع لا يتمتع بالشخصية المعنوية لذا لا تعفي المساهمة في التجمع المؤسسات العضوة من التزاماتها تجاه المصلحة المتعاقدة؛ كتقديم شهادات التأهيل والتصنيف مثلا[1].

رغم أن هذه الآلية للحصول على صفقات عمومية يرمي من خلالها المشرع إلى تمكن المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة للحصول على حصة من الصفقات المطروحة، إلا أن الملاحظ في كثير من العقود التي أبرمتها الجزائر خاصة منها الدولية تظهر أن المؤسسات الأجنبية هي الأكثر استعمالا لهذه الآلية، لما تتطلبه العقود المطروحة من إمكانات تقنية ومالية لذا أفردنا لتجمع المؤسسات الأجنبية جزءا من الفصل الثاني[2].

ومتى تم إبرام الصفقة وفق ما تقتضيه أحكام قانون الصفقات العمومية، ورست هذه الأخيرة على هذا المتعامل، فإن مرحلة التنفيذ كذلك لها أهمية في تحديد مكانة المؤسسات الكائنة بالجزائر.

---

1 -AGENCE NATIONALE DE PROMOTION ET DE DEVELOPPEMENT DES PARCS TECHNOLOGIQUES (A.N.P.T) AVIS D'APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT N°01/2010 : Le présent appel d'offres restreint s'adresse aux Entreprises nationales et internationales, ainsi qu'aux groupements nationaux, internationaux ou mixtes de catégorie 6 ou plus, dont l'activité principale est : Travaux Publics et secondaire Hydraulique, légalement constitués pour la soumission et la réalisation du projet. Dans le cas de groupement, le chef de file ou mandataire <u>commun devra avoir la qualification 6 ou plus</u> avec pour activité principale Travaux Publics et secondaire Hydraulique et <u>ses partenaires de catégorie 4 minimum</u> dans l'activité principale travaux publics ou Hydraulique et justifier avoir déjà réalisé un projet relatif à la voirie et réseaux divers similaire.

- مديرية الأشغال العمومية لولاية إليزي، البرنامج الخاص لتنمية منطقة الجنوب: إعلان عن مناقصة وطنية و دولية محدودة رقم:2009/16

1- العرض التقني يتكون من :....

- عقد لمجموعة المؤسسات زائد بروتوكول اتفاق بحيث يكون رئيس الفرع ذي الأغلبية أكثر من 51% له <u>الدرجة الثامنة 08</u>والأعضاء الآخرين لهم <u>الدرجة الخامسة 05 على الأقل</u>.

2- أنظر في ذلك المطلب الثاني من المبحث الأول تحت عنوان تحديد المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر، ص: 63 وما يليها.

المبحث الثالث : تنفيذ الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر

قد لا تحمل مرحلة تنفيذ الصفقة المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر أي خصوصية إذا ما قورنت بالتزامات وحقوق المتعامل الوطني، إلا أن طابع المقارنة الذي يميز دراستنا يدفعنا لإجلاء الفروق الموجودة بين هذا النمط من المتعاملين وبين المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر ضمن هذه المرحلة من حياة الصفقة.

إذ أفرز استقراء أحكام قانون الصفقات العمومية إلى وجود امتيازات تتمتع بها المؤسسات الكائنة بالجزائر دون غيرها من المؤسسات الأجنبية فيما يخص تمويل الصفقة العمومية (**مطلب أول**) وفي مجال الضمانات المالية (**مطلب ثاني**) وأخيرا التعامل الثانوي (**مطلب ثالث**).

المطلب الأول : تمويل الصفقة العمومية المبرمة مع المؤسسة الكائنة بالجزائر

بغية تسهيل عملية تنفيذ الصفقة العمومية دأبت التنظيمات المتعاقبة في هذا المجال على إقرار طرق خاصة لتمويل المتعاملين المتعاقدين معها من أجل سد الخلل الذي يصيب خزينة المتعامل المتعاقد من جهة[1]، وكذا الحصول على الخدمات موضوع الصفقة في الآجال المحددة.

يعد التمويل الإداري للصفقة (**فرع أول**) أهم مصدر لتمويل الصفقات التي هي في الأصل آلية للإنفاق العمومي، كما يمكن اللجوء إلى البنوك، وما يميز هذا النمط من التمويل هو إمكانية اللجوء للهيئة المختصة التي تم تنصيبها لهذا الغرض ألا وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية (**فرع ثاني**).

---

1 ـ عبد الغني بن زمام، **تمويل الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007ـ2008، ص: 15.

الفرع الأول : التمويل الإداري للصفقة العمومية

تضمنت كافة تنظيمات الصفقات العمومية طريقين للتمويل الإداري[1] هما على التوالي التسبيق *les avances* المالي والدفع على الحساب *les acomptes*، نوجز تعريف كل طريق كما يلي:

التسبيق: من ناحية الاصطلاح القانوني يقصد بالتسبيق حسب نص المادة 74[2] من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، دون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، ويتخذ نوعين هما التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين.

أما **الدفع على الحساب:** فقد تطرق إليه المشرع في ذات المادة 73 من المرسوم بأنه كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، وبذلك لا يمكن المطالبة به إلا بعد مباشرة حائز تنفيذ الخدمات المطلوبة[3].

في حين لم تختلف النصوص على مفهوم الدفع على الحساب ولا التسبيق المالي ، إلا أن هذه الأخيرة أي التنظيمات المتعاقبة اختلفت في نسب التسبيقات الممنوحة في تمييز بين المتعاملين خاصة بين المتعاملين العموميين والمتعاملين الخواص بما فيهم المؤسسات الأجنبية ككل، من خلال دراسة التنظيمات المتعاقدة تبين وجود مرحلتين:

1- ما بين الأمر رقم 71-84 إلى المرسوم رقم 82-145: لم تتضمن أحكام الأمر67-90 أي شروط للحصول على التسبيقات الجزافية أو على التموين عدى تحديد نسبته بـ 5% إلى 30% من سعر الصفقة، إلا أنه بداية من إلى سنة 1971 تم وضع نظام تمييزي لصالح المتعاملين المتعاقدين العموميين في مواجهة مؤسسات القطاع الخاص بما فيها المؤسسات الأجنبية[4]؛ نوجزه في النقاط التالية بناءا على النصوص القانونية التي تناولت مسألة التسبيقات:

1- يجمع الفقه القانون كذلك على هاذين النمطين من التمويل الإداري:

- DE LAUBADÈRE.A; MODERNE F; DEVOLVE.P, Traité des contrats administratifs, Tome 2, 2eme Edition LGDJ, 1984, p: 302 n°1101 « **Ces considérations ont conduit à aménager le système du règlement des marchés en permettant des règlements anticipés, qui assurent ainsi le financement administratif des marchés : celui-ci est assuré par des avances et des acomptes qui donnent au cocontractant des moyens de trésorerie**»

- YVES.B, MICHEL.V, JEAN–MICHEL.R, Droit et Pratique des marchés publics de travaux, Edition du moniteur, Paris 1981, p: 404.« **Le financement administratif des marchés publics repose sur un système d'avances et d'acomptes** ».

2- أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المادة 62، المرسوم التنفيذي 91-434 المادة 63، المرسوم 82-145 المادة 67، في حين لم يتضمن الأمر 67-90 تعريفا محددا للتسبيق وأكتفي بتقديم نوعين من التسبيق – السلف وهما : التسبيق الإجمالي والتسبيق على التموين.

3- عبد الغني بن زمام، **تمويل الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص: 49.

4 - BENNADJI.C; **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, pp: 401-403.

- المادة 2 من الأمر رقم 71-84[1] منحت إمكانية تقديم تسبيق جزافي لمؤسسات القطاع الخاص بنسبة 10% من سعر الصفقة، في حين تلزم المصلحة المتعاقدة بمنح تسبيق جزافي قدره 15% من سعر الصفقة؛
- تجاوز حجم التسبيق الممنوح لمؤسسات القطاع العام دون الخاص النسب السابقة ليصل إلى 25% بموجب الأمر رقم 76-11[2] في حالة إبرام عقود البرنامج المعرفة طبقا للمادة 3 من هذا الأمر[3]؛
- بصدور المرسوم رقم 82-145 تضمن نظام التسبيقات نفس أحكام المادة 2 من الأمر رقم 71-84.

2- منذ صدور المرسوم التنفيذي 91-434 إلى غاية المرسوم الرئاسي10-236: تميزت هذه المرحلة بتوحيد نظام التسبيقات لكافة المتعاملين المتعاقدين دون تمييز؛ كما يوضحه الجدول الذي لأهم المحطات التي مرت بها آلية التسبيق عبر تنظيمات الصفقات العمومية[4].

وإن لم يظهر تمييز بين المؤسسات الكائنة بالجزائر وغيرها من المؤسسات الأجنبية فرق في معاملتها فيما يتعلق بالتمويل الإداري، فإن الأمر مختلف بالنسبة للتمويل البنكي والمتمثل أساسا في هيئة صندوق ضمان الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : التمويل البنكي - صندوق ضمان الصفقات العمومية -

التأخر الملحوظ في عدم دفع المستحقات الناتجة عن الأشغال وكذا ثقل الفواتير الخاصة بمؤسسات الانجاز والموردين وكذا هشاشة النظام المصرفي الجزائري وغيرها من الأسباب؛ دفعت بالمشرع الجزائري إلى استحداث هيئة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-67[5] تدعى صندوق ضمان الصفقات العمومية.

---

1 - الأمر رقم 71-84 المؤرخ في 11 ذو القعدة عام 1391 الموافق لـ 29 ديسمبر سنة 1974 يتضمن تعديل المواد 62-87-89 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 107، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1971.

2 - الأمر رقم 76-11 مؤرخ في 20 صفر عام 1931 الموافق لـ 20 فبراير سنة 1976 يتضمن تعديل الأمر67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 09 مارس 1976.

3 - العقد البرنامج هو اتفاق سنوي أو لعدة سنوات تتعهد فيه الشركات المتعاقدة بتنفيذ برنامج للآداءات الخاصة بالدراسات أو الأشغال في المدة المحددة.

4 - ملحق 06: **جدول يمثل لأهم المحطات التي مرت بها آلية التسبيق عبر تنظيمات الصفقات العمومية.**

5 - المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق لـ 21 فيفري سنة 1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية عدد 11، صادرة بتاريخ 01 مارس 1998، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-06 المؤرخ في 19 جانفي 2008، جريدة رسمية عدد 05، صادرة بتاريخ 30 جانفي 2008.

دون التطرق إلى أحكام ومهام هذه الهيئة التي تم التطرق إليها في دراسات سابقة[1]، وفي علاقة مباشرة بموضوعنا، فإن المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر يمكنها اللجوء إلى الصندوق بغية الحصول على الضمانات والكفالات المالية اللازمة للصفقة دون غيرها من المؤسسات الأجنبية، قد لا يتضح ذلك من خلال أحكام المرسوم ودفتر الشروط المنظم لمهام الصندوق وسيره، إلا أنه استنتاج من خلال قراءة بسيطة لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلقة بالضمانات والكفالات المقدمة من طرف المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر، والتي وجب أن تصدر عن بنك جزائري يضمنه ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي، الأمر الذي سنأتي على بيانه ضمن الفصل المخصص لصفقات هذا النمط من المتعاملين، كما تؤكده كذلك المادة 51 من ذات المرسوم.

إضافة إلى هذا فإن المشرع الجزائري من خلال أحكام الصفقات العمومية وضع إمكانية لإعفاء المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من الضمانات.

المطلب الثاني : الإعفاء من الضمانات المالية

باعتبارها مؤسسات خاضعة للتشريع الجزائري وإضافة إلى ما تتمتع به من امتيازات في مجال الصفقات العمومية مقارنة بمثيلاتها من المؤسسات الأجنبية، فإن أحكام قانون الصفقات العمومية وبمناسبة تنفيذ الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، تخفض نسبة الضمانات المالية المفروضة عليها وقد تعفي منها أحيانا أخرى.

قبل التطرق إلى الأحكام التي تعفي المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر من الضمانات المالية (**فرع ثاني**)، وجب بداية أن نعرض ولو بإيجاز إلى مختلف الضمانات المالية التي تهم المصلحة المتعاقدة (**فرع أول**).

الفرع الأول : الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية

تتمثل الضمانات المالية في الكفالات الممنوحة من قبل المؤسسات المالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، لم تتعرض مختلف التنظيمات المتعاقبة تعريفا خاصا للكفالة ولم تتعرض سوى للهدف منها والحالات التي تستدعي تقديمها، ولم يرد في هذا

1 ـ عبد الغني بن زمام، **تمويل الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص: 71 وما يليها.

الشأن سوى ما نصت عليه تعليمة صندوق ضمان الصفقات العمومية بأنها ضمان مقدم من طرف الصندوق في مواجهة خطر عدم الملاءة المالية للمدين[1].

دون الخوض كثيرا في أحكام وشروط تقديم الكفالات؛ يوجد أربع أنواع من الكفالات التي يشترط المشرع تقديمها لمصلحة المصلحة المتعاقدة:

1ـ <u>كفالة التعهد *Caution de soumission*</u>: عقد يضمنه العارض لعرضه، ضمانا منه لجدية عرضه، ولم تنص التنظيمات السابقة على إلزامية وضرورة الكفالة وهذا لا يعني أن هذه الكفالة استحدثت بموجب المادة 45 من المرسوم، فمثلا المرسوم 82ـ145 كان ينص في مادته 46 على " **إلزامية الضمان عند الاقتضاء** " وذلك من خلال سردها للبيانات الواجبة في إعلان المنافسة[2]، كما أن المادة 48 من نفس المرسوم نصت على أنه " **تحتوي الوثائق المتعلقة بالدعوة للمنافسة ... لاسيما ما يلي: الشروط ذات الطابع التقني والاقتصادي والضمانات المالية حسب الحالة**".

1ـ1ـ <u>الهدف من تقديم كفالة التعهد</u>: اشتراط المصلحة المتعاقدة لتقديم كفالة التعهد من طرف المتعهدين الراغبين في التعاقد معها ترمي من خلاله إلى تحقيق عدة أهداف:

- ضمان ملائمة المتنافس المالية وكذا الوفرة المالية لخزينته ومصداقية عرضه[3].
- ضمان نية العارض في تنفيذ العقد فيما لو رست عليه المناقصة حيث تستحق لخزينة المصلحة المتعاقدة في حال لم يقم بالتنفيذ.
- المساواة بين المتعهدين.

2ـ1ـ <u>نطاق تقديم كفالة التعهد</u>: القصد من النطاق هو أنواع الصفقات التي يشترط فيها تقديم كفالة التعهد ، حيث تنص المادة 51 من مرسوم 2010[4] " ... **كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم**"، وبذلك حددت نوعين من الصفقات وهي المذكورة على التوالي، إلا أنه بقراءة بسيطة للمادة 51 فإن كفالة التعهد

1ـ عبد الغني بن زمام، <u>تمويل الصفقات العمومية في التشريع الجزائري</u>، المرجع السابق، ص:89.
INSTRUCTION PGE/3/A du 30/06/1999 page 06 :Est une garantie donnée par la CGMP au créancier contre le risqué d'insolvabilité du débiteur. En signant l'acte de cautionnement, la caisse se porte garante de l'exécution des obligations : Contractés par son client.
Le bénéficiaire de la caution s'appelle généralement "débiteur principale" ce lui qui cautionné prend le nom de "Caution" le cautionnement doit, dans tous les cas faire l'objet d'un écrit et porté mention du montant et de sa durée.
ـ تناول القانون المدني الجزائري هذا العقد في الكتاب الثاني الباب الحادي عشر من المادة 644 إلى المادة 673 ، المعنون بـ" الكفالة Cautionnement عرفت المادة 644 الكفالة على أنها " **عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه**".

2ـ أنظر المرسوم التنفيذي رقم 91ـ434 في مادته 42.

3ـ عبد الغني بن زمام، المرجع نفسه، ص:92.

4ـ أنظر المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 في مادته 45.

إجبارية في الصفقات السابقة الذكر، أما فيما عداها فلا يعني ذلك غيابها نهائيا إنما يمكن أن تشترط المصلحة المتعاقدة كفالة التعهد في بعض العروض الخاصة بأنواع الصفقات الأخرى.

3.1- __مبلغ كفالة التعهد:__ وفقا لنص المادة 51 المذكورة أعلاه تفرض كفالة التعهد في الصفقات المتعلقة باللوازم والأشغال بمبلغ لا يقل عن 1 % من مبلغ التعهد، ويلاحظ أن هذه النسبة لم يسبق النص عليها في التنظيمات السابقة لصدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250[1].

__2- كفالة رد التسبيقات *Caution de restitution d'avances*__ : تم النص على هذا النوع من الكفالات في المادة 75 من مرسوم 2010[2] " **لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات ...**"، كما أشارت المادة 84 إلى هذا النوع من الكفالات بقولها " **يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 97 أعلاه**".

بذلك تكون كفالة رد التسبيقات ضمان لإرجاع المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق أو تسبيقات من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، سواء في بدء تنفيذ المشروع أو أثناءه.

ويتضح من خلال المادتين أن هذه الكفالة يقدمها المتعامل المتعاقد بعد أن ترسى عليه الصفقة وبعد حصوله على الأمر الأول *Ordre de service (ODS)* من المصلحة المتعاقدة لبداية التنفيذ وتقديم طلبه للحصول على التسبيق للمصلحة المتعاقدة، مرفقا ملفه بكفالة رد التسبيقات.

1.2- __أنواع كفالة رد التسبيقات:__ تبعا لأنواع التسبيقات الممنوحة من قبل المصلحة المتعاقدة والتي تم التطرق إليها، نميز نوعين من كفالة رد التسبيقات :

- كفالة رد التسبيقات الجزافية

Caution de restitution des avances forfaitaires

---

1 - على مستوى التعليمات الوزارية بتاريخ 26-10-1993 أصدرت وزارة الاقتصاد التعليمة رقم 93 117/SPM والتي تضمنت تكييف بعض الحالات الخاصة بهدف تمرين طرق وإجراءات بدء تنفيذ العقود الممولة بواسطة مسابقات نهائية خارجية ، هذه التعليمة أقرت بأنه وفيما يخص المشاريع الممولة بواسطة هذه الأخيرة لا بد من تقديم كفالة تعهد لا يقل مبلغها عن نسبة 1 % من مبلغ التعهد، عبد الغني بن زمام، المرجع السابق.

2 - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المادة 63، المرسوم التنفيذي رقم91-434 المادة 46، المرسوم رقم 82-145 المادة 68.

- كفالة رد التسبيقات على التموين:

Caution de restitution des avances sur approvisionnement.

2.2ـ نطاق تقديم كفالة رد التسبيقات: يحدد نطاقها بحسب الحالة في حق المتعامل فيها طلب الحصول على تسبيق من طرف المصلحة المتعاقدة.

3.2ـ مبلغ كفالة رد التسبيقات: إن مبلغ كفالة رد التسبيق هو نفس المبلغ الممنوح كتسبيق سواء كان على التموين أو جزافي وفقا لنص المادة 75 من المرسوم[1].

- بالنسبة لكفالة رد التسبيق الجزافي: فهي بمبلغ أقصى قدره 15% من السعر الأولي للصفقة والمنصوص عليه في المادة 65 يحدد التسبيق الجزافي بنسبة أقصاها 15 %من السعر الأولي للصفقة؛
- بالنسبة لكفالة رد التسبيقات على التموين: في الحالة العادية لا يمكن أن تتجاوز المبلغ 35 % وذلك بعد أن حددت المادة 70 سقف التسبيقات بنوعيها بـ 50 % إلا في حالات استثنائية يمكن أن يتجاوز هذا الحد.

03ـ كفالة حسن التنفيذ *Caution de bonne exécution*: كما يدل عليها اسمها فهي كفالة تتم بموجب عقد يلتزم بموجبه المتعامل المتعاقد بضمان تنفيذه الخدمات موضوع الصفقة، وفقا لما تم الاتفاق عليه تنفيذا كاملا ومطابقا تجاه المصلحة المتعاقدة .

وتنص المادة 97 من مرسوم 2010[2] على أنه " **يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن التنفيذ زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 63 المذكورة أعلاه...**"

لم يرد النص على أنواع الصفقات التي يشترط فيها تقديم كفالة حسن التنفيذ، مما يفسر بأنها ملزمة التقديم في كل أنواع الصفقات مهما كان موضوعها سواء أشغال، توريد، دراسات أو خدمات.

1 ـ المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10ـ236.

2 ـ المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 المادة 84، المرسوم التنفيذي 91ـ434 المادة 84، المرسوم 82ـ145 المادة 88، الأمر 67ـ90 المادة 77، دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في مادته 07 يشمل موضوع الضمان حسن التنفيذ الصفقة وتحصيل المبالغ الناشئة عنها والتي يعتبر ملتزم الصفقة مدينا بها و يحدد مبلغها ضمن دفتر الشروط الخصوصية.

1.3ـ <u>ميعاد تأسيس كفالة حسن التنفيذ ومدة سريانها:</u> تقدم كفالة حسن التنفيذ للصفقة خلال أجل لا يتعدى تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد[1] .

ويترتب على ذلك كما سبقت الإشارة إلى رفع اليد الكلي عن كفالة التعهد التي قدمها المتعامل المتعاقد الذي رست عليه الصفقة، وتسري هذه الكفالة من تاريخ الانطلاق في تنفيذ المشروع إلى غاية الاستلام المؤقت، وبذلك تغطي هذه الأخيرة مخاطر عدم التنفيذ وفقا للبنود التعاقدية للصفقة بالنسبة للفترة الممتدة من تاريخ الأمر بالخدمة الصادر عن المصلحة المتعاقدة حتى التسليم المؤقت[2].

2.3ـ <u>مبلغ كفالة حسن التنفيذ:</u> يحدد مبلغها بـ 5%إلى 10% من مبلغ الصفقة وللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديدها ضمن هذه الحدود حسب أهمية وطبيعة الخدمات، في حين نصت المادة 86 من المرسوم 91ـ434 وكذا المادة 90 من المرسوم 82ـ145 فكانت لا تقل عن 5% من مبلغ الصفقة، أما ضمن أحكام الأمر رقم 67ـ90 حدد مبلغ الكفالة كالآتي:

- لا تتجاوز 5%من المبلغ الأولي للصفقة إذا ما نصت الصفقة على مدة الضمان؛
- كما لا يجوز أن تتجاوز 10% في حال النص على مدة الضمان.

للإشارة فإن صياغة المادة تبدو خاطئة، ففي كلتا الحالتين حددت النسبة على أساس أن المدة المنصوص عليها لذا نرى أن صياغتها السليمة يمكن أن تكون كالآتي" **لا يجوز أن يزيد مبلغ الكفالة على 5% ....عندما لا تنص الصفقة على مدة الضمان ...**"، في حين أن دفتر الشروط الإدارية العامة يحدد مبلغ الضمان بدفتر الشروط الخصوصية، ولا يجوز أن يزيد عن 03 % من المبلغ الأصلي للصفقة المزاد عليه عندما لا تتضمن الصفقة أجل الكفالة، ويحدد 10% عندما تكون الصفقة لأجل الكفالة.

---

1 ـ المادة 84 فقرة 03 " **يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد** ".

2 ـ التسليم المؤقت Réception provisoire لم يحدد المرسوم معنى الاستلام المؤقت للخدمة موضوع الصفقة ولا التنظيمات السابقة له كما أن CCAG في مادته 46 تطرق له لكن دون التطرق أيضا لتعريفه .

وفي غياب تعريف قانوني للاستلام يمكن القول أنه "**عبارة عن عقد يتم بموجبه استلام المصلحة المتعاقدة للخدمة موضوع الصفقة من المقاول أو المتعامل المتعاقد سواء بتحفظ "أو دونه**" وفي فقرتها الأولى حددت المادة 46 طريقة التبليغ بنهاية الأشغال بكاتب مضمون ودعوة المقاول للحضور ليتم تحرير محضر مؤقت بالاستلام المؤقت.

04ـ كفالة الضمان *Caution de garantie* : ضمانا منها للمخاطر والعيوب التي قد تشوب الخدمة موضوع الصفقة بعد الانتهاء من إنجازها من طرف المتعامل المتعاقد، تفرض المصلحة المتعاقدة كفالة الضمان لتغطية العيوب التي قد تترتب عن سوء تنفيذ الصفقة .

وعلى كل فإن كفالة الضمان تغطي مخاطر عيوب الإنجاز والتنفيذ الناقص من قبل المتعامل المتعاقد، والتي تحدث أثناء فترة الضمان الممتدة من التسليم المؤقت حتى التسليم النهائي.

1.4ـ مدة الضمان : لم يحدد المرسوم أجلا للضمان ضمن أحكامه ، إلا أن دفتر الشروط الإدارية العامة يرسي حكمين في هذا الشأن[1] :

- بالنسبة لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية يحدد هذا الأجل بـ 06 أشهر بداية من الاستلام المؤقت لها.
- بالنسبة لباقي الأشغال الأخرى يحدد بسنة واحدة تبدأ أيضا من تاريخ التسليم المؤقت لها.

تسترد كفالة الضمان بعد شهر واحد ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للخدمات موضوع الصفقة.

الفرع الثاني : أحكام الإعفاء من الضمانات المالية

تأكدت إمكانية إعفاء المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ـ ومنها المؤسسات الكائنة بالجزائرـ دون إعفاء المؤسسات الأجنبية الأخرى من بعض الضمانات المالية بصدور المرسوم الرئاسي رقم 11ـ98 في مادته 2 التي تعدل المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10ـ236 والتي تنص في فقرتها 07 " **بغض النظر عن أحكام المادتين 97ـ الفقرتان 2و3ـ والمادة 100 من هذا المرسوم ، يجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة**" والقصد هنا دفاتر شروط الصفقات المناقصات الدولية.

وقد ضمت المادتان 97 و100 أحكام لإعفاء المتعامل المتعاقد من بعض الضمانات، نوردها كالآتي:

1 ـ المادة 48 فقرة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

1- الإعفاء من تقديم كفالة حسن التنفيذ : طبقا للمادة 97 يمكن إعفاء بعض الصفقات من تقديم هذه الكفالة، مع إمكانية تطبيق اقتطاعات من حسن التنفيذ، وذلك في حالتين:

1.1- الصفقات التي لا تتجاوز مدة التنفيذ فيها 03 أشهر: وذلك دون اهتمام بنوع الصفقة ومهما كان موضوعها.

2.1- الإعفاء بموجب قرار وزاري مشترك فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات:
ويكون بين وزير المالية والوزير المعني بموضوع الصفقة وذلك بتحديد قائمة هذه الصفقات ونذكر منها:

- القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الضمان الاجتماعي المتضمن تحديد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ[1]، وحددت المادة 02 منه الصفقات المبرمة بين وزارة العمل والضمان الاجتماعي ومؤسسات الفندقة المتعلقة بمختلف الخدمات وشركات الطيران الجوي للنقل المتعلقة بنفقات النقل، والصفقات المتعلقة بالدراسات والاستشارات لقطاع العمل والضمان الاجتماعي، والمتعاملين المتعاقدين الذين يقومون بنشاط توزيع الكهرباء والماء والغاز ووسائل المواصلات السلكية واللاسلكية.

- القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الشباب والرياضة الصادر بتاريخ 15نوفمبر2007 والذي حدد وفقا للمادة 02 منه الصفقات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ[2].

وبالعودة للنصوص التي سبقت المرسوم تجدر الإشارة إلى إعفاءات ضمن:

---

1 ـ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 5 يونيو سنة 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 73 ، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2005.

2 ـ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذو القعدة عام 1428 الموافق لـ 27 نوفمبر سنة 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات والمعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 77، صادرة بتاريخ 09 ديسمبر2007؛ المادة 2 " **يخصص الإعفاء المذكور في المادة الأولى أعلاه:**

- الصفقات التي تبرم بين وزير الشباب والرياضة ومؤسسات الفندقة المتعلقة بمختلف الخدمات، لاسيما تلك المرتبطة بإيجار المكاتب والقاعات الخاصة بالمحاضرات والتكفل بالوفود بمناسبة الزيارات الرسمية أو المؤتمرات والملتقيات في مجال الإقامة والإطعام وكل الخدمات الأخرى المرتبطة بهذا النوع من تقديم الخدمات .
- الصفقات التي تبرم بين وزير الشباب والرياضة وشركات الطيران الجوي والمتعلقة بنفقات النقل.
- الصفقات المتعلقة بالدراسات والاستشارات لقطاع الشباب والرياضة.
- الصفقات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الذين يقومون بنشاط توزيع الكهرباء، الماء، الغاز ووسائل المواصلات السلكية واللاسلكية.
- الصفقات المتعلقة بتقديم خدمات صيانة الأجهزة والتركيبات الصحية والكهربائية وأجهزة التبريد وأجهزة الإعلام الآلي.
- الصفقات المتعلقة بالتأمينات بكل أنواعها.

الأمر رقم 67-90 في المادة 77 تعفي أصحاب الصفقات التي يقدر مبلغها أو يقل عن 200000 دج أو تطلب تنفيذها 03 أشهر فما دون ذلك جوازا؛ أي للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ذلك، أما المادة 84 أرست حكما بعدم المطالبة بالضمانات المذكورة في المادة77 إذا كان المتعامل المتعاقد من المؤسسات والمكاتب العمومية والشركات الوطنية وذات الاقتصاد المختلط التي تملك الدولة 50 % من رأسمالها وكذا المؤسسات الحائزة لامتياز أو التي تتلقى المساعدة إذا كانت تقوم بخدمة عمومية والمؤسسات المسيرة ذاتيا.

من جهته أجاز المرسوم 82-145 إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ طبقا للمادة 88 في فقرتها 02، إذا رأت المصلحة المتعاقدة (المتعامل العمومي) أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك أو كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتعدى 03 أشهر.

<u>2- إعفاء الحرفيين والمؤسسات المصغرة من كفالة حسن التنفيذ:</u> في إطار مراجعة تنظيم قانون الصفقات العمومية، وإضافة إلى تخصيص نسبة من الصفقات لها، أعفت المادة 100 الحرفيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للتشريع الجزائري - بما فيها المؤسسات الكائنة بالجزائر- من تقديم كفالة حسن التنفيذ عندما يتدخلون في علميات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

<u>2- تخفيض مبلغ كفالة حسن التنفيذ:</u> هو الحكم الذي أرسته الفقرة 2 من المادة 100 من مرسوم 2010، بأن تكون نسبة كفالة حسن التنفيذ بين 1% و 5%، خلافا للقاعدة العامة التي تنص على أنها نسبة بين 5% و10% من مبلغ الصفقة، إذا لم تدخل الصفقات المبرمة اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات العمومية.

المطلب الثالث: أحكام خاصة بالتعامل الثانوي في مرحلة التنفيذ

كما سبق ذكره يعد التعامل الثانوي من الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، وكذا خيارا استراتيجي خاصة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الأجنبية، خاصة في مجال الصفقات العمومية الدولية التي تتطلب إمكانات مادية وتقنية لا تتمتع بها هذه المؤسسات، بالتالي لا تتمكن من المساهمة مباشرة في مثل هذه الصفقات.

يمكن هذا الامتياز من الاستفادة من الأحكام الواردة في مجال التعامل الثانوي في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية كإمكانية رهن الصفقة في حدود الخدمات التي ينفذها (**فرع أول**) والأحكام المتعلقة باستيفاء حقوقهم لقاء ما أنجزوه (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : الرهن الحيازي للصفقة

يخضع الرهن الحيازي[1] لأحكام المادة 97 التي تحدد الجهة التي يمكن أن ترهن الصفقة حيازيا لديها ويكون الحجز واردا على الديون الناشئة عن إنجاز الصفقة، وطبقا للفقرة 12 من المادة 97 يجوز للمتعاملين الثانويين أن يرهنوا وهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزء منها وذلك في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها، ويكون هذا الرهن خاضعا لذات الأحكام التي يخضع لها الرهن الصادر من المتعامل المتعاقد، لذا تسلم له نسخة من الصفقة مصدق عليها وعند الاقتضاء نسخة من ملحق الصفقة.

الفرع الثاني : كيفيات قبض مستحقات الخدمات

تعتبر ديون المقاولين الثانويين والموصين الثانويين من الحقوق الممتازة التي تتقدم على باقي الديون خاصة الدائنين بموجب الرهن الحيازي للصفقة وهذا طبقا لأحكام المادة97 في فقرتها 11، من جهة أخرى يمكن للمتعامل الثانوي استيفاء حقوقه مباشرة[2] من المصلحة المتعاقدة بموجب المادة 96 من المرسوم الرئاسي 02ـ250 إلا أن كيفيات تطبيق هذه المادة لم تتضح إلى بعد صدور القرار المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعاملين الثانويين، الذي جاء تطبيقا لأحكام المادة 109 الفقرة03 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236[3].

---

1 ـ المادة 948 من القانون المدني" **الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرقب علية الدائن حقا عينيا يخوله حق حبس الشيء إلى أن يستوفي دينه وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون**".

2 - In revue Contract Publics- l'actualité de la commande et des contrats publics, n°106, Janvier 2011, pp: 39-46.

3ـ الملحق 07: القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

خلاصة الفصل الأول

يبدو أن خضوع المؤسسات الكائنة بالجزائر للقانون الجزائري جعلها تتمتع بمعاملة وطنية تتضمن العديد من الامتيازات سواء في مرحلة التكوين، أو تلك المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، بالإضافة إلى خضوعها لذات الالتزامات المفروضة على المتعاملين الوطنيين، بما يجعلها تتمتع كباقي المؤسسات الوطنية بأسبقية في الحصول على صفقات عمومية.

إلا أن هذه المكانة قد تتأثر بالتنظيم الحالي للصفقات العمومية؛ والحديث هنا عن المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الذي ميز بين المتعاملين خصوصا في مجال الاستفادة من هامش الأفضلية، الذي جعله حكرا على المؤسسات الوطنية التي يمتلك الجزائريون المقيمون بعد أن كانت المؤسسات الكائنة بالجزائر أحد المتعاملين الذين يستفيدون منه في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في مواجهة المؤسسات الأجنبية الأخرى، بما يعني تحديد أنماط جديدة من المتعاملين المتعاقدين حسب معيار الاستفادة من هامش الأفضلية والذي يكون كالآتي :

- المؤسسات التي يمتلك الجزائريون المقيمون أغلبية رأسمالها.
- المؤسسات الكائنة بالجزائر والتي يحوز أغلبية أو جل رأسمالها أجانب مقيمون.

إضافة إلى أن الفترة القادمة قد تشهد غياب المؤسسات الكائنة في الجزائر؛ تحت تأثير إجراءات الاستثمار الأجنبي المتخذة من قبل الحكومة، ربما ليحل محلها شركات ذات اقتصاد مختلط بمساهمة رأسمال أجنبي في فترة تماثل ما ميز مرسوم سنة 1982 من غياب للمؤسسات المستقرة في الجزائر.

الفصل الثاني : الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

رغم أنها لا تمارس نشاطا مستقرا داخل الإقليم الوطني إلا أن الكثير من المؤسسات الأجنبية تساهم في تجسيد السياسة الإقتصادية للبلاد؛ عبر مختلف العقود التي تبرمها مع الدولة أو مؤسساتها العمومية، تتمثل هذه المساهمة غالبا في عقود تتخذ العديد من المواضيع كالتوريد والخدمات والأشغال[1]، بذلك تعد المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر أو المؤسسات الأجنبية كما نص عليها مرسوم 2010 المتعامل الأجنبي الثاني حسب معيار الإقامة الذي اعتمدنا عليه في تقسيم دراستنا هذه، على العكس من المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر لم يغب هذا المتعامل عن أحكام جميع التنظيمات المتعاقبة للصفقات العمومية، حتى في ظل الفترات التي تميزت بهيمنة الدولة ومؤسساتها العمومية على الحياة الإقتصادية.

تختلف الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر عن تلك المبرمة مع المتعاملين المحليين، إذ تعد من قبيل **العقود الدولية** التي تتميز بمواضيعها المعقدة والتي تستوجب معرفة تقنية وفنية عالية.

إلا أننا ضمن هذه الدراسة لسنا بصدد البحث في الجوانب التي تتعلق **بالصفقات العمومية الدولية** بقدر ما نركز على مكانة المؤسسات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية؛ من حيث الشروط المفروضة على هذا النمط من المتعاملين من أجل الحصول على صفقات عمومية (**مبحث ثاني**)، وما يميز هذا النوع من الصفقات في مرحلة التنفيذ (**مبحث ثالث**).

إلا أن بيان هذه المكانة تستوجب بداية تحديد مفهوم المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر (**مبحث أول**).

المبحث الأول : تحديد المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

رغم أن مفهوم المخالفة يقتضي أن كل مؤسسة أجنبية لا تستوفي شروط المنشور أو أحكام قوانين الإقامة على الإقليم الجزائري تعد مؤسسة أجنبية غير كائنة بالجزائر، إلا أن هذا الأمر يستدعي بعض التفصيل في تحديد طبيعة هذه المؤسسات.

1 - TERKI N.E, **Les sociétés étrangères en Algérie**, op.cit, p: 19.

بالنظر إلى تنظيمات الصفقات العمومية نجد أن مخلف نصوصها قد تناولت بشيء من الإيجاز مفهوم المتعامل الأجنبي، لذا كان لزاما علينا أن نحاول جلاء بعض الغموض على هذا المفهوم (**مطلب أول**)، وتفاديا للتكرار حول هذا النمط من المتعاملين في القوانين ذات الصلة والتي لم تحمل شيئا في هذا المجال[1]، نستعرض الأشكال القانونية التي يمكن من خلالها للمؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر المساهمة في الصفقات العمومية (**مطلب ثاني**).

المطلب الأول : مفهوم المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر ضمن قانون الصفقات العمومية

بداية من الضعف الذي اكتنف مرسوم 2010 فيما يخص تعريف المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر خلافا لسابقه - المرسوم الرئاسي 02-250 - وهو الأمر الذي يمكن أن نتجاوز عنه ضمن الأمر رقم 67-90 ، إذ يبقى نص المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250[2] هو النص الذي أعطى تعريفا ولو بسيطا لهذا المتعامل والذي ألغي نهائيا في إصلاحات سنة 2010، الأمر الذي ترك غموضا تاما في تعريف المتعامل الأجنبي.

بدأ مرسوم 2002 من خلال مادته 18 بتقديم معنى اصطلاحي للمتعامل الأجنبي فمن خلال نصها والذي تضمن " **يقصد بالمتعاملين الأجانب في مفهوم هذا المرسوم المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي كما تنص عليه المادة 83 أدناه وضمانات حسن التنفيذ** "، وهو ذات التعريف الذي قدمه المرسوم التنفيذي رقم 91-434، نجد نفس التعريف ضمن المرسوم رقم 82-145 مع استغناء هذا الأخير عن عبارة "**الكائنة بالجزائر**"، من خلال هذا النص يتوقف تحديد المتعامل الأجنبي على معيارين أساسيين الأول المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر (**فرع أول**) مع وجوب تقديم الضمانات اللازمة (**فرع ثاني**) لتنفيذ الخدمات المطلوبة من قبل المصلحة المتعاقدة.

---

1 - تجدر الإشارة أن النظام رقم 90-03 تطبيقا لأحكام المادة 181 من قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض قد قدم تعريفا لغير المقيم في مادته 02 مفاده " **يقصد بغير المقيمين المذكورين في المادة 181، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل ...**".

2 - للإشارة فإن المرسوم 82-145 هو أول تنظيم تطرق فيه المشرع لهذا النمط من المتعاملين تحت اصطلاح المتعاملين الأجانب في مادته 22 وهو النص الحرفي الذي تضمنته المادة 19 من المرسوم التنفيذي 91-434.

الفرع الأول : المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

في قراءة بسيطة لهذا المعيار يمكن أن نلمس معيارين آخرين لتحديد هذا الأخير هما المؤسسة الأجنبية (1) ، كما يجب أن تكون هذه المؤسسة غير كائنة بالجزائر(2).

1ـ المؤسسة الأجنبية: هذا ما يحيلنا مباشرة إلى المؤسسات غير الجزائرية وإن لم يتضح ما إذا كان هذا الطابع الأجنبي يخص جنسية هذه المؤسسة أو القانون المطبق عليها، وقد طرحت هذه المسألة في الجزائر منذ صدور قانون النقد والقرض الذي اعتمد مصطلحي المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري وتلك الخاضعة للقانون الأجنبي[1].
عمليا يمكن لكل مؤسسة أجنبية أن تقيم بالجزائر وفقا للقانون الجزائري، وبذلك تعتبر مؤسسة كائنة بالجزائر خاضعة للقانون الجزائري، كما أن الاستثمارات التي اعتمدت بالجزائر وفقا للقانون الجزائري أصبحت تعتبر كمؤسسات جزائرية وتتمتع بنفس المعاملة الوطنية حتى وإن كانت جنسية هذه الاستثمارات أو مالكيها أجنبية.
من جهة أخرى يلاحظ أن محرري النص المذكور تجنبوا عن قصد أو غير قصد مفهوم الجنسية، وبذلك تركوا بعض الغموض حول بعض المؤسسات التي سنورد أمثلة عنها في حينها.

2ـ المؤسسات غير الكائنة بالجزائر: استعمل المشرع عبارة " **الكائنة/الإقامة** " ***installation*** كما هو وارد في العديد من نصوص المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 دون أن يستعمل عبارة المقر الاجتماعي ***siège social*** المألوفة في هذه المجال، يبدو من الصعب الخلط بين العبارتين أو المصطلحين إذ أن المقر الاجتماعي يضفي رابطة قانونية بينما الثانية أي الإقامة تتضمن وجودا حقيقيا وفعليا[2].
والمقر الاجتماعي لمؤسسة ما هو محل إقامتها القانونية بمعنى المكان الذي تنتسب فيه إلى السجل التجاري، الذي تدفع فيه الضرائب أو المكان الذي يجتمع فيه مجلس إدارتها.
كما أن هذه المادة تركت إبهاما وغموضا من حيث ما إذا كانت تعني بغير الكائنة بالجزائر المقر الاجتماعي أو تجهيزات وهياكل الإنتاج التابعة للمؤسسة الأجنبية.
إضافة إلى ذلك يبدو الأمر أكثر تعقيدا في إضفاء أو عدم إضفاء هذا الطابع على مؤسسات أجنبية يكون مقرها بالخارج في حين تستغل منتجاتها داخل الإقليم الوطني وفقا لنظام الترخيص ***le régime de licence*** والتي يمكن أن تملك إدارة محلية في

---

1 - LEZZAR. N.E, op.cit, p: 373-388.
2 - Op.cit, p: 384.

الداخل[1]، كذلك الأمر يطرح إشكالا لعقود ***joints venture*** التي تربط مؤسسات وطنية وأجنبية في إطار شراكة قد تكون فيها إقامة المؤسسة مجزئة إلى جزأين أحدهما بالخارج والآخر داخل الإقليم الوطني[2].

إلا أنه بالنظر إلى ما تقدم في الفصل الأول فيما يتعلق بتحديد المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر خاصة المنشور الصادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية يفضل المشرع التواجد الفعلي للمؤسسة الأجنبية لإضفاء صفة المؤسسة الكائنة بالجزائر- وفقا للشروط السابق ذكرها- مستبعدا بذلك مختلف الاحتمالات المفتوحة أمام المؤسسات الأجنبية للاستفادة من امتيازات النظام القانوني للصفقات العمومية ما لم تحقق هذه المؤسسة الشرطين الذي يتضمنهما المنشور **01/68/CCM**.

الفرع الثاني : معيار الضمانات المقدمة من المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

فرضت المادة 18 من المرسوم الرئاسي 02-250 نوعين من الضمانات يتعلق الأول بالضمانات ذات الطابع الحكومي (**1**) أما الثاني فهي ضمانات حسن التنفيذ (**2**).

<u>1- الضمانات ذات الطابع الحكومي:</u> لأجل معرفة هذا النمط من الضمانات تحيلنا المادة 18 على المادة 81 من نفس المرسوم والتي تنص على أن " **الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي:**

- **الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة؛**
- **الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية".**

الجدير بالذكر أنه بالإضافة إلى المرسوم 82-145 والمرسوم التنفيذي 91-434 الذين تناولا ضمن أحكامهما نفس الضمانات، فإن المرسوم الرئاسي 10-236 رغم أنه لم يعطي تعريفا للمتعامل الأجنبي إلا أنه ذكر في مادته 94 نفس الضمانات المفروضة على المؤسسات الأجنبية.

---

1 - LEZZAR. N.E, op.cit, p: 385.

2 - TRARI TANI.M; PISSOORT.W ET SAERENS.P, **<u>Droit commercial international</u>**, Berti éditions, Alger 2007, p281,"**Cette participation d'un tiers, généralement, la distingue de la constitution d'un succursale ou d'un filiale pure**".

بالنسبة للضمانات ذات الصبغة الحكومية والمعرفة بالمادة 81 والتي تتمثل في صورة قروض ممنوحة في إطار اتفاقات ما بين الحكومات، على سبيل المثال اتفاق القرض المبرم ما بين الدولة الجزائرية والدولة الكندية لتمويل مشروع بناء مخازن للحبوب[1]، كما قد تكون في شكل ضمانات ناتجة عن مساهمة مؤسسات مصرفية أو مؤسسات تأمينية ذات صبغة عمومية أو شبه عمومية.

أما الضمانات الناتجة عن مساهمة مؤسسات مصرفية فهي مساهمات في التمويل الدولي للتنمية يتمثل تارة في صورة مؤسسات تمويل جهوية أو على مستوى القارات وطورا يتأتى هذا التمويل عن طريق التوحيد السياسي والإيديولوجي، فمن بين المؤسسات التي تسلك هذا الاتجاه البنك الدولي للإنشاء والتعمير التي أنشأ بموجب باتفاقية بروتون وودس، إذ تسعى هذه المنظمة الدولية لجمع ما بين مساهمات عدة دول، كما تعتبر وسيطا ما بين الدول المقرضة والدول المقترضة[2].

في هذا الصدد تستعمل عدة تقنيات بنكية ومالية ومن بين موارد هذه المنظمة الدولية الأرباح التي تحققها؛ والتي لم توزع على المساهمين في إنشائها والديون التي تسدد من طرف الدول المقترضة.

فقروض البنك الدولي تخصص للمشاريع المعتمدة من طرف هذه المنظمة، وهذا الأمر يتوقف على شرطين وهما نجاعة المشروع وطرق وميعاد التسديد [3].

في أغلب الأحيان نجد هذا النمط من الضمان في العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الاشتراكية سابقا، كما نجدها أيضا بصفة ضعيفة جدا في حالة وجود اتفاقية بين دولة الشركة المتعاقدة والجزائر تتضمن أحكام تقضي بالتعاون في المجال الصناعي وتقوم المؤسسات التابعة للطرف الأجنبي بتنفيذ هذه الاتفاقية، حينها تلتزم الدولة الأجنبية بضمان حسن التنفيذ، كما تساهم في تمويل المشروع ومثال ذلك عقد الشركة الجزائرية للصناعات الكهرومنزلية ***ENIEM*** والشركة الفرنسية ***Air***

---

1 - Décret n°73-96 du 25 juillet 1973 portant publication de la convention de prêt entre le gouvernement du Kanada pour la constitution de silots en béton pour l'entreposage des céréales signé à Alger le 16 mai 1973, Jo 1973, n 66.

2 - بن قلفاط مايا، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001-2002، ص:84-85.

3 - للإشارة إلى غاية سنة 2002 تم إحصاء قرابة 25 مرسوم رئاسي يتضمن الموافقة على قروض من البنك الدولي للإنشاء والتعمير المبرمة مع الدولة الجزائرية أو المؤسسات العمومية التابعة لها، ويبدو اللجوء إلى قروض هذه المؤسسة الدولية ناتجا عن الأزمة الخانقة التي شهدها النظام الاقتصادي الجزائري خاصة منذ سنة 1986.

conditionné الذي ينص على " **استفادة الطرف الجزائري بقرض يوضع تحت تصرفه طبقا لما جاء في البروتوكول الفرنسي الجزائري الموقع في 25-07-1990**"[1].

في الواقع الميداني هذا النوع من الضمانات نادر جدا نظرا لقلة العقود المبرمة بناء على اتفاقات حكومية، إذا ما قورنت بما تم إبرامه مع الشركات التي تضمن نفسها خارج أي اتفاق[2].

2- ضمانات حسن التنفيذ: إن المقصود بضمانات حسن التنفيذ المتمثلة في نسبة معينة من إجمالي سعر الصفقة هو إلزام المتعادل المتعاقد بتنفيذ كل التزاماته الواردة في الصفقة.

تعد ضمانات حسن التنفيذ ذات أهمية كبرى بالنسبة للدول النامية بصفة عامة وبالنسبة للجزائر بصفة خاصة، حيث تبحث هذه الأخيرة عن الوسائل القانونية التي تضمن لها تنفيذ العقود التي تبرمها وفقا للموارد التي خصصت لها وفي الآجال المتفق عليها[3]، إذ تنص المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنه " **يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة**".

وقد تنوعت ضمانات حسن التنفيذ المقدمة نظرا لتعدد المتعاملين الأجانب الذين تتعاقد معهم المصلحة المتعاقدة نوجز بعض أشكالها ونماذجها ثم نحدد موقف المشرع الجزائري منها.

1-2- نماذج ضمانات حسن التنفيذ: نورد نماذج حسن التنفيذ المقدمة من طرف المؤسسات الأجنبية الأكثر تعاملا مع الجزائر.

أ- النموذج الفرنسي[4]: يخصص نسبة معينة من سعر الصفقة، تتراوح بين 5% و10% ويطلق عليه ضمان حسن نهاية التنفيذ ***garantie de bon fin ou de bonne exécution***[5]، الأمر الذي قد لا يغطي مختلف الخسائر التي تلحق المشتري أو رب العمل.

---

1 - عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية- عقود المفتاح في اليد والمنتوج في اليد، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص: 166.

2 - المرجع نفسه، ص: 167.

3 - عمار معاشو، عقود المفتاح في اليد في التجربة الجزائرية، مذكرة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص:122.

4 - عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، المرجع السابق، ص: 168.

5 - BENCHENEB.A, **Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**, OPU, ALGER, 1984, p: 193.

ب- <u>النموذج الأمريكي</u>[1]: حيث تلتزم مؤسسات الضمان الأمريكية بتغطية أعمال المؤسسات الأمريكية في حال إفلاسها أو سوء تنفيذ موضوع العقد بأن:

- تتحمل الأعباء الإضافية الناتجة عن بحث المشتري أو رب العمل عن مقاول آخر لتنفيذ العقد؛
- تتعاقد مؤسسات الضمان مع دولة المشتري ومع المورد الجديد الذي يتولى القيام بالأشغال، بذلك يحل الضامن محل المورد أمام الدولة من أجل تصفية كل المبالغ بشرط أن تعوض له مختلف المصاريف من قبل الدولة المتعاقدة؛
- تتصل مؤسسات الضمان مباشرة بمقاول جديد بمفردها.

ج- <u>النموذج المقدم من الشركات المتعددة الجنسيات</u>: حيث يتخلص في تولي الشركة الأم ضمان إفلاس أحد فروعها رسالة مسؤولية ***lettre de responsabilité*** حيث تؤكد فيها على التزامها بضمان إنجاز كل الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم، نتيجة إفلاس أو سوء أو نقص تأدية الالتزامات من أي فرع تابع لها[2].

2-2- <u>موقف المشرع الجزائري من ضمانات حسن التنفيذ</u>: لقد اهتمت التشريعات المنظمة للصفقات العمومية بهذا النمط من الضمانات بداية من الأمر رقم 67-90[3] نهاية بالمرسوم الرئاسي 10-236، والواضح من أحكام هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد اقتدى بالنموذج الفرنسي وذلك ما ورد في المادة 95[4] "**الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب لاسيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى**"، كما حددت المادة 100 من نفس المرسوم قيمة كفالة حسن التنفيذ بنسبة 5% إلى 10 % من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[5]، ولعل ما يثبت ذلك هو العدد الكبير من

1 - LEBOULANGER.Ph, **<u>Contrats entre Etats et Entreprises Etrangères,</u>** Economica, Paris, 1985, p: 121.

2 - Op.cit, p: 128.

3 - المادة 77 والمادة 78 من الأمر رقم 67-90.

4 - أنظر المادة 86 من المرسوم رقم 82-145، المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 وكذا المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

5 - أنظر المادة 90 من المرسوم رقم 82-145، المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 وكذا المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

- لم تخرج المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي عن النصوص القانونية في هذا الشأن وفق ما يقرره العقد المبرم بين شرطة سونطراك وفوام الإيطالية "**يقتطع 10 % من إجمالي الصفقة مبلغ كضمان قابل لاسترداد، تسترد نسبة 5% منه عند التسليم المؤقت والباقي عند التسليم النهائي**" العقد المبرم بين شركة صناعة المواد الغذائية SN-SEMPAC والشركة الإيطالية تيفودين GARDIN TIFOUDINE "**يلتزم المورد بتقديم نسبة 10% من إجمالي الصفقة بعد 60 يوما من دخول العقد حيز التنفيذ ... يسترجع نصف المبلغ عند التسليم المؤقت والنصف الثاني عند التسليم النهائي للمركب...**"

العقود التي أبرمها المتعاملون العموميون مع المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسن التنفيذ مقارنة بالمؤسسات التي تقدم ضمانات من دولتها[1].

مع هذا تبقى الضمانات السابق ذكرها والمقدمة من قبل المتعاملين الأجانب تمنح أفضلية في اختيارهم للحصول على الصفقة[2].

المطلب الثاني : الأشكال القانونية للمتعامل الأجنبي

سبقت الإشارة أن مرسوم 2010 قد كان واضحا في جواز تشكيل تجمع مؤسسات للحصول على صفقات عمومية، وهذا من أجل مواجهة المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة للمنافسة الشديدة التي تواجهها من المؤسسات الأجنبية، إلا أن هذه الآلية كانت أوسع وأكثر استعمالا من قبل المتعاملين الأجانب عملا بأحكام تنظيمات الصفقات العمومية السابقة التي أجازت تشكيل تجمع مؤسسات *Groupement d'entreprises* للظفر بالصفقات المطروحة **(فرع أول)**، إلا أن المتعامل الأجنبي قد يكون عبارة عن مؤسسة واحدة مسؤولة أمام المصلحة المتعاقدة *Une seule entreprise responsable* **(فرع ثاني)** إذا ما فازت بالصفقة العمومية، دون استبعاد مساهمة الكثير من المؤسسات في المشروع كمتعاملين أو موصين ثانويين، يعود ذلك للطبيعة المميزة لبعض العقود من حيث ضخامة الحجم المالي والتعقيد وسرعة التطور الأساليب التكنولوجية فيها كعقود المفتاح في اليد أو المنتوج في اليد التي لجأت لها الجزائر في بداية الثمانينات.

الفرع الأول : تجمع المؤسسات

بالنظر لما سبق من دراسات حول العقود الدولية، يمكن أن يتخذ التجمع عدة صور قانونية، وذلك حسب شدة الروابط والعلاقات بين المؤسسات المشكلة له تنتظم حسب شدة المسؤولية الملقاة على عاتق أعضائها من نادي المؤسسات **(1)** إلى الكونسورتيوم

---

1 ـ عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 96.

- BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, Thèse de Doctorat d'Etat en droit privé, Université d'Aix, 1980, pp: 63-64" **le transfert de technologie entre l'Algérie et les pays socialistes est toujours bien dans le cadre de ces accords. C'est dans ce cadre que les entreprises publique dans les pays de l'EST Européen signent des accords pour la fourniture de tel équipement industriel en volume ces contrat ne représentent pas 10% du total des contrats signés par les entreprises publique algériennes**".

2 ـ المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236 في فقرتها الأخيرة" **يحظى بأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة أعلاه**". أنظر كذلك في نفس المعنى المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 02ـ250 " **يحظى بأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب، من يقدم منهم أوسع الضمانات، كما تنص على ذلك المواد 80ـ81 و82 من هذا المرسوم...**".

(2)، وأخيرا التجمع الذي يملك شخصية مستقلة عن الشخصية المعنوية لأعضائه أو التجمعات (3).

1ـ نادي المؤسسات *Le club d'entreprises*: تجمع ذو الطابع تقني أكثر منه تجمعا قانونيا، يضم النادي عددا من المساهمين الصناعيين الذين يشتركون في تنفيذ عقود التوريدات والخدمات من أجل تسليم التجهيزات الصناعية[1]، فهو بذلك له أهمية في التنفيذ التقني للخدمات للوصول إلى الفاعلية المرجوة من تنفيذ العقد.

على الصعيد القانوني النادي لا يتمتع بالشخصية القانونية، إذ أن كل مؤسسة مساهمة في النادي تنفذ التزاماتها تحت مسؤوليتها، في حين أن وجود مؤسسة رائدة أو وكيل ***"Chef de file"*** لا يزيد من مسؤوليته تجاه المصلحة المتعاقدة ولا تتعدى مهمته مجرد التواصل والتمثيل للنادي أمام رب العمل[2].

في الأخير لا يوجد أي تضامن بين أعضاء النادي الذين يعملون بصفة مشتركة لزمن محدد وبصفة غير دائمة[3]، وفي حال الإخلال يلزم الزبون بتحديد المتعامل المتعاقد المسؤول من بين أعضاء النادي.

في الجزائر يفضل رب العمل التعامل مع تجمع له شخصية قانونية مستقلة أو أن يكون هناك تضامن بين أعضاء المجمع[4] هذا ما يمكن أن يوفره التجمع في صورة الكونسورتيوم.

2ـ كونسورتيوم المؤسسات *Consortium d'entreprises*: أسباب عدة تفسر تطور هذا النوع من الاتفاقات[5]:

- **أسباب تقنية**: الوحدات المنجزة بالجزائر في أغلبها ذات سعة كبيرة تفرض المشاكل التقنية فيها مساهمة جملة من المؤسسات تقدم آليات التصنيع والهندسة مع المؤسسات التي تورد التجهيزات الصناعية.
- **أسباب مالية**: حجم العقود الذي قد يتجاوز الإمكانات المالية لمؤسسة أجنبية واحدة، التعاون بين العديد من المؤسسات يمكنه منح المتعامل العمومي ضمانا كافيا، كما يمكنها من خلال هذا النمط من التجمعات الحصول على قروض من المؤسسات المالية والبنوك.

---

1 ـ عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 97.
- BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit ,p: 71.

2 - Op.cit, p: 72.

3 - LAGUERRE.A, **Le groupement momentané d'entreprises dans les marchés publics**, in revue Marchés publics, N°259, Paris, Juillet – Aout 1991, p: 43.

4 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 72.

5 - Op.cit ,p: 72-73.

- **أسباب تجارية:** تشكيل الكونسورتيوم قد يكون من أجل التقليل من حدة المنافسة كما يمكن الزبون من ضمان إضافي بحصوله على خدمات العديد من المؤسسات المنتمية للتجمع والمعروفة على المستوى الدولي.

1.2. تعريف الكونسورتيوم: عرف كل من الأستاذين ***Mercadal et Ph Janin*** الكونسورتيوم على أنه[1]:

"Un accord conclu entre deux ou plusieurs entreprises, en vue d'obtenir et d'exécute conjointement ou solidairement, un marchés de fourniture, de biens ou de services".

والواضح أن واضعي هذا التعريف لم يتنبها إلى أن الكونسورتيوم يفترض تضامنا بين أعضاءه في تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالصفقة الأمر الذي لا يتضمنه نادي المؤسسات.

والكونسورتيوم اتفاق مؤقت نادرا ما يتمتع بالشخصية المعنوية، وتكون المؤسسة التي تنجز الجزء الأكبر من الخدمات تمثل المؤسسة الرائدة "***chef de file***" والتي يتحمل بعض الالتزامات الإضافية[2].

بخضوعها للشروط العامة في العقود لا تخضع اتفاقات الكونسورتيوم لأي أحكام خاصة أما عن الالتزامات فهي تستدعي بعض التفصيل:

2.2. تنفيذ اتفاق الكونسورتيوم: يحدد الاتفاق توزع الخدمات التي يكلف الكونسورتيوم بإنجازها على أعضائه، يحدد الالتزامات الخاصة بالمؤسسة الرائدة "*chef de file*" كما يحدد الموارد التقنية والقانونية التي تسمح بتغطية عجز كل مؤسسة من مؤسساته.

رغم تضامن المساهمين في الكونسورتيوم تحتفظ كل مؤسسة باستقلاليتها في حين لا يعتبر المؤسسة الرائدة "***chef de file***" ممثلا عن المجمع إذ أن المجمع ليس له شخصية معنوية، إلا أنه يعتبر المتحدث باسم كل مؤسسة من المؤسسات المشكلة للتجمع في هذا النمط[3].

أما فيما يتعلق بالثمن فحتى لو حدد جزافيا فإن ذلك لا يمنع من توضيح كيفية الدفع المباشر لكل مؤسسة على حدا وكذا مؤسسات الضمان[4].

---

1 - نصيرة بوجمعة السعدي، **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص: 109.

- عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 98.

2 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 73.

3 - Op.cit, p: 75-76.

4 - Op.cit p: 76.

وفي الأخير ما يميز الكونسورتيوم عن نادي المؤسسات هو وجود مسؤولية تضامنية بين المساهمين في الكونسورتيوم.

3.2- مسؤولية المساهمين في التجمع[1]: كما سبقت الإشارة فإن مسؤولية المؤسسات المشكلة للكونسورتيوم مسؤولة تضامنية، الأمر الذي قد لا يكون مقبولا لدى هذه الأخيرة حيث تلتزم كل مؤسسة بالتنفيذ الحسن والمطابق لدفتر الشروط من طرف مؤسسة أخرى في مواجهة المصلحة المتعاقدة، كما أن للمؤسسة الرائدة أو الوكيل مسؤولية خاصة في حال تقصيره كوكيل عن المجمع.

من جهة أخرى تلتزم كل مؤسسة طيلة مدة الاتفاق الذي يربطها بالمجمع بعدم منافسة المؤسسات الأخرى؛ وكذا الالتزام بعدم الكشف عن أي معلومات حول المؤسسة المساهمة والتي علمت من طرفها أثناء تنفيذ العقد، فيما قد يرتب أي إخلال بهذه الالتزامات مسؤولية هذه المؤسسة في مواجهة عضو آخر من أعضاء الكونسورتيوم.

يشكل هذا التضامن بين أعضاء الكونسورتيوم ضمانا موحدا بالنسبة للزبون الجزائري (المصلحة المتعاقدة)[2].

3- تجمع المنفعة الاقتصادية *Groupement d'Intérêt Economique*: يتميز هذا النمط من المجمعات بالشخصية المعنوية التي يتمتع بها دون أن تفقد المؤسسات الأعضاء فيه استقلاليتها عنه، وقد نشأت هذه الصيغة القانونية في فرنسا بواسطة الأمر الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1967[3]، كما أن المشرع الجزائري قد نظم هذا النمط من المجمعات ضمن أحكام القانون التجاري في الباب الخامس الخاص بالشركات التجارية في الفصل الخامس المعنون بالتجمعات الذي تضمن 09 مواد تحدد أحكامه؛ والغرض منه هو تطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه وتطويرها وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته[4]، بشيء من الإيجاز نحاول عرض كيفية تشكيله وكذا بنيته

---

1 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 76-77.

2 - Le consortium japonais **COMPAGNIE JAPONAISE DE L'AUTOROUTE ALGERIENNE (COJAAL)** Un accord conclu entre six entreprises - KAJIMA Corporation- TAISEI Corporation- MAEDA Corporation- NISHIMATSU Construction- HAZAMA Corporation- ITOCHU Corporation, qui a remporté le lot Est qui s'étend sur 399 kilomètres de Bordj Bou Arreridj à la frontière tunisienne. Algérie autoroute, op.cit, pp: 41-42.

3 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 77.

4- المادة 796 من القانون التجاري.

- **China CITIC group (en abréviation CITIC)** a été fondé le 4 octobre 1979. Il est devenu un groupe d'entreprises transnationales de grande ampleur et aussi l'une des entreprises à caractère général les plus importantes en Chine. Jusqu'à la fin de l'année 2004, son actif total est de 701.4 milliards yuan RMB.

- **CHINA RAILWAY CONSTRUCTION CORPORATION (CRCC)**, fondé en 1984, après ratification par l'Etat, CRCC est un groupe d'entreprises de grande ampleur qui possède le droit d'exploitation outremer et la qualité professionnelle

ثم ما يميز هذا النمط عن باقي الأنواع من حيث مسؤوليته ومسؤولية أعضائه تجاه المصلحة المتعاقدة.

1.3- تكوين وبنية مجمع المنفعة الاقتصادية: كباقي المجمعات يضم هذا النمط مؤسسة أو عدة مؤسسات طبيعية أو معنوية لمدة محددة مع تمتعه بالشخصية المعنوية بداية من تاريخ تسجيله في السجل التجاري، ما يمكن المتعامل العمومي من التعامل مع جهة واحدة[1].

كما أن تأسيسه لا يفترض وجود رأس مال محدد، لذلك لا يكون الغاية الأساسية هي تقسيم الأرباح بين أفراده[2]، بل هناك من قضى ببطلان هذا العقد إذا كان هو الغرض الاجتماعي[3].

يسير التجمع شخص واحد أو أكثر، كما يمكن أن يكون القائم بالإدارة شخصا معنويا يعين له مثلا دائم يتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية.

2.3- مسؤولية تجمع المنفعة الاقتصادية: مسؤولية التجمع مسؤولية تعاقدية مع إمكانية حصوله على الصفقات الدولية التي تطرح من قبل المصلحة المتعاقدة.

مسؤولية أعضاء التجمع مسؤولية تضامنية عن جميع ديونه[4] وذلك من ذممهم المالية الخاصة، وفقا لما تنص عليه المادة 799 مكرر1 ما يشكل ضمانا تاما لدائني التجمع، ولا يجوز اتخاذ أي إجراء من أجل استيفاء الدين إلا بعد إعذار التجمع عن طريق وثيقة غير قضائية.

إلا أن الصفة التضامنية لأعضاء التجمع المفترض يمكن الاتفاق على ما يخالفه بتحديد مسؤولية كل عضو من أعضائه[5].

من المستحسن أن يجد المتعامل العمومي شريكا بهذه الامتيازات، إلا أن هذه المسؤولية التضامنية تدفع بعض المتعاملين الأجانب من جانب آخر لتأسيس شركات متخصصة في ميادين نقل التكنولوجيا والأشغال ذات الكفاءة العالية، مؤسسة تكون مسؤوليتها محدودة في حدود ذمتها المالية.

---

d'entreprise de travaux hors classe. A la fin de l'année 2004, CRCC a réalisé plus de 27 000 kilomètres de chemins de fer et 13 760 kilomètres d'autoroutes et de routes de catégorie supérieure, et plus de 140 projets de travaux souterrains, de métros urbains, de centrales hydro-électriques, d'aéroports de grande envergure, avec un chiffre d'affaires annuel approximatif de 11 milliards de dollars. Algérie autoroute, op.cit, p:38-40.

1 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 78.

2- المادة 799 قانون تجاري "**لا يؤدي التجمع من تلقاء نفسه إلى تحقيق الفوائد واقتسامها ويمكن أن يؤسس بدون رأسمال**".

3 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -**, op.cit, p: 79.

4- نصيرة بوجمعة سعدي، **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، المرجع السابق، ص: 109.

- عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 101.

5- المادة 799 مكرر 1 من القانون التجاري" **... وهم متضامنون إلا إذا وجد اتفاق مخالف مع متعاقدين آخرين**".

الفرع الثاني : المؤسسة الواحدة المسؤولة

في هذه الحالة عدد من المؤسسات في إطار تكامل بين أنشطتها تقرر من أجل تنفيذ صفقة أو عدة صفقات إنشاء وحدة مشتركة، وفي أغلب الأحيان يكون هذا بإنشاء شركة وفقا للمادة 416 من القانون المدني الجزائري، حيث تكون هذه الأخيرة هي الطرف الذي يتعاقد باسمها ولحسابها مع المصلحة المتعاقدة.

كما يمكن لشركة من أجل تنويع أنشطتها إنشاء فروع ***filiales*** لتأمين وتسليم موضوع الصفقة[1]، قد تتخذ المؤسسة الواحدة شكل شركة تضامن أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو ذات أسهم، ويشترط في الغالب الطرف الوطني أن تضمن الشركة الأم تعهدات هذه الشركات في غياب كفاءتها المالية المحدودة برأس مالها الذي قد يكون في أغلب الأحيان لا يمكن أن يغطي بعض الأضرار الناتجة عن سوء التنفيذ[2].

في المقابل يمكن للمؤسسة الواحدة التي منح لها تنفيذ موضوع الصفقة الاستعانة بمؤسسات أخرى على إطار التعامل الثانوي، حيث تعتبر هي المسؤول الوحيد أمام المصلحة المتعاقدة عن جميع أعمال المتعامل الثانوي والذي يختار طبقا لأحكام المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10ـ236[3].

المبحث الثاني : إبرام الصفقات العمومية مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

فتح المشرع الجزائري مجال الصفقات العمومية للمتعاملين الأجانب بمناسبة الصفقات الدولية منذ صدور المرسوم 82ـ145، الذي فتح مجال الدخول في الصفقات العمومية بمختلف مواضيعها، إذ أن الأمر 67ـ90 تضمن أمكانية اللجوء إلى المؤسسات الأجنبية بمناسبة صفقات التوريد فقط مما جعله يوصف بعدم جدواه وعدم ملائمته لتجسيد طلبات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات الدولية[4]، كما سمح للمصلحة

1 ـ BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -** op.cit, p: 81.

ـ نصيرة بوجمعة سعدي، **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، المرجع السابق، ص: 192.

2 ـ BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien -** op.cit, p: 82.

3 ـ أنظر الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص: 30ـ31.

4 - BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, pp: 375-394.

ـ تناول الأمر رقم 67ـ90 أحكام مساهمة المؤسسات الأجنبية في صفقات التوريد ضمن الفصل السابع في أربعة 04 مواد من 67ـ71.

المتعاقدة بإبرام عقود البرنامج مع هذا النمط من المتعاملين التي كانت حكرا على المتعاملين العموميين دون غيرهم[1].

عملا بمبدأ المعاملة بالمثل كان لزاما على المتعاملين الأجانب الخضوع لذات الالتزامات التي يخضع لها المتعاملون المقيمون، سواء كانوا وطنيين أو أجانب، بالإضافة إلى التزامات أخرى قد تفرضها طبيعة الصفقات الدولية التي تتميز بقيمتها المالية الضخمة وكذا دقة ومواضيعها (**مطلب ثاني**)، وذلك في ظل مبادئ تضمن نجاعة الصفقات العمومية والسير الحسن لإنفاق العمومي من جهة ومن جهة ثانية ضمان حرية المنافسة (**مطلب أول**)، أخيرا بصدور مرسوم 2010 كشف المشرع عن آلية جديدة لجلب الاستثمارات الأجنبية تمثلت في تقديم تعهد مسبق بالالتزام بالاستثمار بمناسبة تقديم المتعاملين الأجانب لعروضهم للظفر بالصفقات الدولية، لذا وجب تسليط الضوء على هذا الشرط (**مطلب ثالث**).

المطلب الأول : المتعامل الأجنبي ومبادئ إبرام الصفقات

تحت ضغط الالتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الاقتصادي خاصة بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، كذا سعيها الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة *(OMC)*[2] سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية بما يسمح بحصول هذه المؤسسات على صفقات عمومية، وهذا بالاعتماد على مبادئ المساواة بين المتعاملين وحرية الوصول إلى الصفقات العمومية (**فرع أول**) والتي تقوم على أساس فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، خاصة في ظل قانون المنافسة 08-12[3] الذي ينص في مادته 02 على أن " **تطبق أحكام هذا الأمر: ...- الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي للصفقة**".

إلا أن ذلك اصطدم مع القطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى لتطويره وإعادة هيكلته لنهوض بالإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب، مما دفع بالمشرع لإدراج بعض الأحكام التي تعد استثناءا على المبادئ المذكور، والتي قد تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين الأجانب في الوصول للصفقات العمومية، والتي زادت حدتها

---

1 ـ أحمية سليمان، **النظام القانوني للعقود المبرمجة وتطبيقاتها في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص:116.

2 - Organisation Mondiale du Commerce.

3 ـ القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 02 يوليو2008.

مع صدور مرسوم 2010، يتصدرها مبدأ الأفضلية الوطنية والصفقات المحجوزة دعما للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة لحرية المنافسة

المبادئ تضمنها المرسوم الرئاسي 08ـ 338 في المادة 02 مكرر التي تنص " **لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لهذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات**".

من أجل تحقيق الاعتبارات المرتبطة بالعدالة في حماية حقوق الراغبين في الحصول على صفقات عمومية ـ وهو يحدد طرق إبرامها ـ يخضعها المشرع لجملة من المبادئ الأساسية التي من شأنها تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى والمصلحة الخاصة، ولا تتأتى إلا بحرية الوصول للطلبات العمومية (**1**) والمساواة بين المتعهدين (**2**).

1ـ مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية: مقتضى هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنوع نشاط معين ترمي المصلحة المتعاقدة إلى إنجازه أن يتقدموا بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وفق الشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط[1].

ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض[2] سواء من حيث كيفيات إبرام الصفقات أو من حيث إجراءات إبرامها.

1.1ـ كيفيات إبرام الصفقات: في قراءة لأحكام مختلف تنظيمات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، نلاحظ تخليا عن الطابع التمييزي بين مؤسسات القطاع العام والخاص عامة وبين المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية خاصة، يبدو هذا من خلال مرحلتين:

أـ مرحلة ما قبل المرسوم التنفيذي 178.94: في حين اعتبر الأمر 67ـ90 كل من إجرائي المزايدة وطلب العروض قاعدتين في منح الصفقات العمومية في المادة 33

1 - LAGUERRE.A, **Marchés publics et concurrence**, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris X, 1984, p: 158.

- PATRICE. R, **La Concurrence et les Marchés Publics**, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenue le 19 novembre 1999, pp: 34-35.

2 - Op.cit, p: 36.

و42 على التوالي، واعتبار إجراء التراضي كاستثناء في منح الصفقات العمومية في حالات عددتها حصرا المادة 61، إلا أن كلا من المرسوم 82-145 والمرسوم التنفيذي 91-434 قد اتخذا منحا مغايرا تماما في منح الحرية المطلقة للمصلحة المتعاقدة في اختيار الإجراء الذي تراه مناسبا بين إجراء التراضي والدعوة للمنافسة[1]، بل اعتبر إجراء التراضي قاعدة[2] ضمن المادة 43 **"يعد اللجوء إلى التراضي قاعدة عندما تسند الصفقة لأي متعامل عمومي"**، إضافة إلى نص المادة 24 التي رتبت المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية، هذا الطابع التمييزي كان سببا في عدم وجود حرية بين المتعاملين خصوصا في ظل سيطرت المؤسسات الوطنية على الحياة الاقتصادية[3].

إلا أنه بتعديل المرسوم التنفيذي 91-434 بالمرسوم التنفيذي 94-178 شهدت كيفيات منح الصفقات العمومية تغييرا جذريا.

ب- **مرحلة صدور المرسوم التنفيذي 96-54[4] والمراسيم التي تليه:** بداية بالمرسوم المرسوم التنفيذي 96-54 الذي قرر أن المناقصة هي قاعدة في كيفيات إبرام الصفقات العمومية؛ إذ أكد هذا النهج بتعديل المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 باعتبار إجراء التراضي البسيط استثناء عن القاعدة العامة[5] **" إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 40 من هذا المرسوم"**[6].

---

1 - المادة 26 من المرسوم 82-145 وكذا المادة 22 من المرسوم التنفيذي 91-434.

2 - سعيد بوشعير، **نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 27، 1986، ص:412-434.

3 - BENNADJI.Ch, **Marchés publics et corruption en Algérie**, op.cit, pp: 141.

4 - المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 جانفي سنة 1996، جريدة رسمية عدد 06، صادرة بتاريخ 24 جانفي 1996.

5 - يأتي هذا التغيير نتيجة ضغط المؤسسات المالية الدولية و تبني الجزائر لأول قانون لتنظيم حرية المنافسة بموجب الأمر 95-06 المؤرخ في 08 رمضان عام 1415 الموافق لـ 25 جانفي سنة 1995، جريدة رسمية عدد 9، صادرة بتاريخ 22 فيفري 1995.

6 - المادة 40 عدلت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-54 التي غيرت الطابع الإلزامي لإجراء التراضي فيما يتعلق بالحالات المذكورة إلى الطابع الاستثنائي الذي تلجأ المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط من أجله.

كما لم يتخلى كل من المرسوم الرئاسي 02ـ250 والمرسوم الرئاسي10ـ236 عن هذا المبدأ في اعتبار المناقصة[1] قاعدة في إبرام الصفقات العمومية وإبرامها استثناءا وفقا لإجراء التراضي[2].

2.1ـ إجراءات إبرام الصفقات العمومية: شهدت تنظيمات الصفقات العمودية المتعاقبة توجها نحو تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، من حيث كيفيات الإعلان على الصفقات العمومية؛ بالاعتماد على وسائل الإشهار التي تتم عادة في الصحف والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور أو بإتباع وسائل مكتوبة أخرى لإضفاء الشفافية على العمل الإداري، ولعل أهم ما يزيد من تكريس هذا المبدأ هو الأحكام التي جاء بها المرسوم الرئاسي 10ـ236 المتعلقة بإمكانية التعامل عن طريق الوسائل الإلكترونية والتي جاء بها القسم الثاني من الباب السادس المتعلق بالاتصال والتبادل الالكتروني للمعلومات حيث تنص المادة 174 على " **يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع الوثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية** " والذين يمكنهم الرد بذات الطريقة عن طريق شبكة الانترنت، مما يعتبر مكسبا للمتعاملين الأجانب الذين لا يملكون مصادر حول الصفقات المطروحة.

2ـ مبدأ المساواة[3]: يقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين أن لا تنطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، بالتالي فهو يعد ضمانة للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، وهو بذلك التزام بامتناع المصلحة المتعاقدة عن أي فعل قد يؤدي إلى تمييز بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة المناقصة التي تم طرحها[4]، إذ تلتزم الإدارة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا:

- شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية[5]

Les conditions d'accès aux marchés publics.

---

1 ـ يقصد بالمناقصة هنا ما أشارت إليه المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10ـ236 " ... **الإجراء الذي يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض**" في حين قد تتخذ المناقصة شكلا من الأشكال التي نصت عليها المادة 28: **المناقصة المفتوحة – المناقصة المحدودة – الاستشارة الانتقائية – المزايدة – المسابقة.**

2 ـ أنظر المرسوم الرئاسي 02ـ250 المادة 20، والمادة 22 فقرة 03، والمرسوم الرئاسي 10ـ236 المادة 25 و27 فقرة 02.

3 ـ LAGUERRE.A, **Marchés Publics et Concurrence**, op.cit, p: 174 " **le principe d'égalité entre les concurrents, le traitement sur un pied d'égalité ou l'égalité des chance, on rencontre aussi la notion d'équité**".

4 - PATRICE. R, **La Concurrence et les Marchés Publics**, op.cit, p: 93.
- LAGUERRE.A, op.cit, p: 175.

5 - LAGUERRE.A, op.cit, pp: 96-103.

- ومعايير إرساء الصفقة كآليات لتقييم العروض [1]

Les critères d'attribution des marchés, instruments de jugement des offres.

خاصة في مجال الصفقات الدولية دون فرض لمعايير أو التزامات على متعهد دون آخر في مرحلة تكوين الصفقة عدى الشروط التي تتعلق أساسا بطبيعة المشروع ضمانا لحسن تنفيذه.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية بما يفضي الشفافية على عملية الإبرام ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين، حيث لا يتمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف، كما لا يجوز تسريب المعلومات الامتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة، سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجان فتح الأظرف أو تقييمها أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات.

رغم أهمية هذا المبدأ إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات احتيالية فادحة على المستوى العملي، والتي ثبت فيها تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملون المتعاقدون على السواء، مما جعل مجال الصفقات العمومية مرتعا لجرائم الرشوة والمحاباة رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها من خلال تجنيد مختلف الوسائل القانونية والمؤسساتية [2].

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبادئ المنافسة وأثرها على المتعاملين الأجانب

أمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاص الهش الذي يتميز بقلة الكفاءة ونقص الإمكانات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع خاصة تلك التي تطرح ضمن مناقصات دولية ـ والتي تلجا إليها في الغالب المصالح المتعاقدة نظرا لما تتطلبه مشاريعها ـ، كذلك أمام ضغط ممثلي القطاع الخاص والعام،

1 - LAGUERRE.A, **Marchés Publics et Concurrence**, op.cit, pp: 104-108.

2 ـ من بين الآليات القانونية التي اعتمد المشرع الجزائري عليها في مجال مكافحة جرائم الرشوة والفساد في مجال الصفقات العمومية:

- إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 16 صفر عام 1417 الموافق لـ 02 جويلية سنة 1996، جريدة رسمية عدد 41، صادرة بتاريخ 05 جويلية 1996.
- صدور الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فيفري سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ـ المعدل والمتمم ـ، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006، الذي أنشأت بموجبه الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

وجد المشرع نفسه طيلة عقود من الزمن مجبرا على إدراج أحكام لحماية هذا الأخير حتى وإن كان هذا يتعارض في ظاهره مع مبدأي حرية التنافس والمساواة بين المترشحين.

وقد ازدادت حدة هذه الأحكام ضمن مرسوم 2010 الذي رفع من هامش الأفضلية الوطنية (1) وتخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية خاصة الصغيرة منها والمتوسطة (2).

1ـ الأفضلية الوطنية وتعطيل مبدأ المساواة: بداية فإن المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام لم يخرج عن ما ذهبت إليه العديد من البلدان في هذا الشأن، بل حتى الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا المجال تنص على منح هامش أفضلية للمؤسسات الوطنية[1].

إن هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية و/ أو الدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية.

تقتضي دراسة هذه المسألة وأثرها على مساهمة المتعاملين الأجانب في الصفقات العمومية نظرة في مختلف التنظيمات وكيفية تعامل كل منها في هذا الشأن كما يلي:

1.1ـ الأفضلية الوطنية ضمن الأمر 90.67: في الحقيقة رغم أن المشرع في ظل هذا الأمر لم يحدد نسبة معينة لهامش الأفضلية الوطنية، إلا أنه لا يمكن إنكار أنه مارس تمييزا واضحا لصالح المؤسسات الوطنية من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية[2]، هذا ما تؤكده المادة 38 فقرة 2" **وتختار الشركة الوطنية والمؤسسة المسيرة ذاتيا إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السعر الأدنى**" وذلك بمناسبة عرض إجراءات المزايدة، كما تظهر هيمنة القطاع العام ضمن أحكام الصفقات الممنوحة وفقا لإجراء التراضي المواد 60ـ61.

يبدو مبدأ التمييز بين القطاعين العام والخاص أكثر وضوحا إذا ما تعلق الأمر بمعايير اختيار العروض طبقا للمادة 49 " **يتم اختيار العروض نظرا لما يلي: ـ**

1 - SAMIR SAYAH, PARTNER CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE ALGERIE «LA PREFERENCE NATIONALE NE CONSTITUE PAS UNE GARANTIE D'ATTRIBUTION DES MARCHES»: **La protection et la promotion de la production nationale de biens et de services constituent la clef de voûte du principe de la préférence nationale. Il est nécessaire de rappeler que ce principe de protection et de promotion n'est pas propre à l'Algérie puisque même dans des pays de vieille tradition libérale, il en est fait application notamment lorsqu'il s'agit de marchés, conclus sur fonds publics, l'exemple le plus édifiant est celui des USA** (i.e. le buy american de l'American Recovery and Reinvestment Act de 2009). Propos recueillis par Nora Boudedja, El Watan ÉCONOMIE - Du 14 au 20 novembre 2011.

2 - BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, p:397.

ـ سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص: 431.

السعر إلا إذا كان عرض السعر الأدنى هو مؤسسة أجنبية..." خصوصا أن السعر يمثل أكثر المعايير حسما في منح الصفقة، كما ننوه أن الأمر رقم 76-11 قد خص المؤسسات الاشتراكية والمؤسسات ذات الاقتصاد المختلط بإبرام عقود البرنامج دون باقي المتعاملين بما فيهم المتعاملين الأجانب.

2-1- <u>الأفضلية ضمن مرسوم 1982 ومرسوم 1991</u>: في خطوة نحو زيادة التمييز الممارس ضد المؤسسات الأجنبية، رتب المرسوم 82-145 المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح صفقات المتعامل العمومي طبقا لترتيب المادة 24[1].

يأتي هذا حتى بمناسبة الأزمة الخانقة خاصة منذ 1986 التي دفعت الجزائر ومتعامليها العموميين اللجوء إلى الاقتراض الخارجي لتنفيذ إستراتيجيتها التنموية، وبالتالي خضوعها لتعليمات المؤسسات المالية المقرضة ذات الطابع الملزم خاصة منها البنك الدولي، كان أحد المبادئ هو منح هامش أفضلية يتراوح بين 05% حتى 20% من ثمن التوريدات أو الأشغال، إلا أن المشرع لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار ضمن تعديل المرسوم 82-145، بل وفي سياق هذه الأزمة منح رئيس الجمهورية حينها هامش أفضلية بلغ حدود 50% لصالح المؤسسات الوطنية في مواجهة المؤسسات الأجنبية[2].

سار المرسوم 91-434 على نفس المنوال في عدم تحديد هامش أفضلية فيما تخلى عن أسبقية الترتيب التي كان المرسوم 1982 قد قررها ضمن أحكام المادة 24، إذ دامت الوضعية التي أسس لها مرسوم 1982 حتى سنة 1996 بتعديل المرسوم التنفيذي رقم 91-434[3]، وهي الأسبقية التي لم يأخذ بها المتعاملون العمومية للعديد من الأسباب أكثرها وضوحا هو هيمنة المؤسسات الأجنبية على العديد من القطاعات الاقتصادية[4].

3-1- <u>الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02-250</u>: تدارك المشرع النقص الفادح الذي وقعت فيه التنظيمات السابقة في هذه المسألة وربما تحت ضغط الجهات المانحة والمقرضة، ذلك بإدراج المادة 19 التي تمنح هامش أفضلية قدر بـ15% والذي يعتبر

---

1 - **"Il est donc clair que le droit des marchés opère sur ce point une rupture par rapport au doit classique …. Ce lui-ci était dominé par le principe d'égalité qui irrigue du reste l'ensemble du droit administratif français"**. BENNADJI.Ch, **<u>L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie</u>**, op.cit, p: 612.

2 - BENNADJI.Ch, **<u>L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie</u>**, op.cit, pp: 604-614.

3 - BENNADJI.Ch, **<u>Marchés publics et corruption en Algérie</u>**, op.cit, p: 142.

4 - BENNADJI.Ch, **<u>L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie</u>**, op.cit, p: 612." **… dans la pratique les opérateurs publics avaient tendance à ne pas appliquer ce principe de discrimination du fait de la dominance de logique sectorielles ou microéconomiques"**.

حدا معقولا بالمقارنة ببعض التشريعات الأخرى، يطبق على كافة الصفقات[1]، سعيا منه للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتوج الوطني، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة.

4.1- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 236.10: رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية[2]، التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع[3]، يأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تكريس أداة المنتوج المحلي وتطبيقا للتعليمات الرئاسية المتعلقة بمكافحة الفساد[4] من جهة، من جهة ثانية ضغط رؤساء المؤسسات الوطنية الخاصة من أجل الحصول على حصة من البرنامج الخماسي للفترة بين 2010 و2014.

وتمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها وهو ما تنص عليه المادة 54 من المرسوم[5]، ليس هذا فقط إنما في إطار اختيار مكاتب الدراسات دعت الحكومة للتقليص من اللجوء إلى مكاتب الدراسات الأجنبية واقتصارها على المشاريع الكبرى للمنشآت الأساسية، التي لا تزال المعارف الوطنية بشأنها غير كافية[6].

---

1 - أنظر الصفحة، أسبقية المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر في الحصول على صفقات عمومية.

2 - Relèvement de la marge de préférence nationale " ***QUEL* INTÉRÊT POUR LES PME EN DIFICULTÉS CHRONIQUES?**", BERKOUK.S, El Watan ECONOMIE du 19-25 juillet 2010.

3 - الملحق05 : **قرار يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية مؤرخ في 23 مارس 2011.**

4 - التعليمة الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009 والمتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، تلتها التعليمة الصادرة بتاريخ 21 ديسمبر 2009 المتعلقة بتنفيذ التعليمة الرئاسية رقم 03 في مجال الصفقات العمومية.

5 - للإشارة فإن بيان مجلس الوزراء المختتم بتاريخ 11-07-2010 كان أشد صرامة في إلزام اللجوء إلى المناقصات الوطنية لا غير حين تكون الأداة الوطنية قادرة على تلبية حاجات الجهة المتعاقدة، جريدة الشعب بتاريخ 12-07-2010 أنظر كذلك نص البيان باللغة الفرنسية جريدة المجاهد بتاريخ 12 جويلية 2010.

- Projet de la loi de finance pour l'année 2011 " **mise en place des budgets pour plus de 60% des projet du quinquennal " " priorité aux entreprises algérienne**, GRIM.N.E, El Watan ECONOMIE DU 11 AU 17 Octobre 2010.

6 - التعليمة الصادرة بتاريخ 21 /2009/12، أولا: بالنسبة الدراسات الجدوى والملائمة المطلوبة في إطار إنجاز النفقات العمومية.

- الجزائر تعلن حربا على مكاتب الدراسات الأجنبية وتفرض تصريحا بالنزاهة وعدم التورط في الفساد للحصول على صفقات عمومية، كمال زايت، جريدة القدس العربي، بتاريخ 20 جانفي 2010.

هذا ما عبرت عنه العديد من الجهات المختصة بنية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في هذا المجال[1] فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيد من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة[2].

لا يقتصر الأمر على فرض الأفضلية الوطنية بل سعيا منه لحماية وبناء القطاع الخاص الوطني، لجأ المشرع إلى تخصيص نسب من الصفقات المطروحة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

<u>2- تعطيل مبدأ حرية الوصول للصفقات -الصفقات المحجوزة-:</u> دائما وتحت ضغط المؤسسات الخاصة الوطنية، تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقا ليس فقط في منح هذه الأخيرة أفضلية على حساب المؤسسات الأجنبية، بل تعدى ذلك إلى حرمانه من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عدت من قبيل الصفقات المحجوزة، يتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، فالمادة 49 تجيز للبلديات والولايات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها بمناسبة إعلان مناقصاتها أن يكون هذا الإعلان محليا فقط بحيث تتمكن المؤسسات القريبة منها بالمساهمة وحدها دون غيرها في هذه العقود، في حين أن من أهم ما ميز أحكام مرسوم 2010 هو المادة 55 التي تخصص الصفقات الخاصة بالأشغال ذات الطابع الحرفي لهذه الفئة وحدها دون غيرها، حسب التشريع المعمول به في هذا المجال، بالإضافة إلى أحكام المادة 55 مكرر1[3] التي تنص على أنه " **عندما يمكن تلبية بعض الحاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، <u>فإنه يجب على المصالح المتعاقدة، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا...</u>**"، كما أن الفقرة 03 من ذات المادة تنص على تخصيص نسبة من الطلبات العمومية " **يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه، في حدود عشرين بالمائة 20%**

- **Limiter le recours aux bureaux d'études étrangers**, OUKAZI.G, Le Quotidien d'Oran le 20 - 01 – 2010.

1 - **Eldorado algérien se ferme aux entreprises étrangères:** Depuis le 1er janvier 2010, la loi permet aux sociétés algériennes d'emporter des contrats en étant plus chers de 25 % par rapport à la concurrence étrangère. Cela tombe au mauvais moment, mais ce n'est sans doute pas un hasard, puisque le gouvernement algérien vient de lancer un vaste plan d'investissement de 150 milliards de dollars qui doit s'étendre entre 2010 et 2014. La France étant le 1er partenaire commercial de l'Algérie, avec 17 % de parts de marché, elle sera la plus handicapée par cette mesure protectionniste. Les groupes de Travaux Publics et les sociétés de location de matériel de BTP françaises seront frappés de plein fouet par cette politique. Source : Forum-chantiers.com

- **Le futur code des marchés publics algérien prône la préférence nationale**, www.tsa-algerie.com.

2 - **Les entreprises étrangères bénéficient d'une bonne longueur d'avance**, BOUTALEB.K, El Watan ECONOMIE, le 19 du 25 juillet 2010.

3- المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تحدث ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 المادة 51 مكرر1 .

على الأكثر من الطلب العام حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر الشروط محصص...".

نشير إلى أن مفهوم الصفقات المحجوزة لا يعد حكرا على المرسوم الرئاسي 10-236 بل يمكن أن نلمس هذا المفهوم ضمن أحكام التنظيمات السابقة، إذ تعود أصوله إلى النظام القانوني الموروث عن النظام الاستعماري ضمن أحكام المرسوم رقم 59-370 الذي شدد على منح مساهمة لا تقل عن 15% من مجموع الصفقات الممنوحة من الدولة للمؤسسات العمومية الوطنية[1]، كذلك بشأن المزايدة مثلا حيث تعتبر جميع المزايدات وفقا لمفهوم هذه التنظيمات صفقات مخصصة للمؤسسات المستقرة في الجزائر دون غيرها.

بالرغم من الإجراءات المتخذة لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية إلا أن هذه المؤسسات لا تزال تحتكر جزءا هاما من الصفقات المطروحة، خاصة في ظل الصفقات التي تمنح وفقا لإجراء التراضي، هذا نتيجة لوضعيتها الاحتكارية للعديد من المجالات وامتلاكها للطرق التكنولوجية التي تمكنها من التفوق على مختلف المؤسسات، حتى وإن مورست عليها بعض الشروط تمييزية دون باقي المؤسسات.

المطلب الثاني: شروط اختيار التعامل الأجنبي

يتجلى الوضع الخاص للمتعامل الأجنبي في المراحل المختلفة للصفقة العمومية والتي تعد مرحلة تكوين أهمها، فبالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالضمانات ذات الطابع الحكومي وكذا البنكية خلال مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد، وجب على المؤسسات الأجنبية تقديم ضمانات تجارية ومنح شروط تتعلق بدعم المنتوجات موضوع الصفقة العمومية **(فرع ثاني)**.

هذا بالإضافة إلى استيفائها لذات الشروط المفروضة على المؤسسات المستقرة في الجزائر فيما يخص التأهيل وقدراتها التقنية والفنية على إنجاز موضوع الصفقة **(فرع أول)**، خصوصا وأنها تتدخل في مجال الصفقات العمومية الدولية التي تتسم موضوعاتها بالتعقيد والتكنولوجيا العالية في الانجاز.

1- BENNADJI.Ch, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, op.cit, p: 96." **La technique de l'attribution de lots réservés annonçait par le décret n°54-370 du 28 février 1959 relatif à la participation des entreprises aux marché publics afin de favoriser le développement de l'industrie en Algérie**".

الفرع الأول : تأهيل المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

المبدأ الذي أرسته المادة 35 من مرسوم 2010 القاضي بعدم تخصيص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها[1] يجد مصدره فيما يتعلق بالمتعاملين الأجانب ضمن أحكام المنشور رقم **193/CAB/PM**، الذي قرر القاعدة التي تنص على أنه " **لا يمكن قبول ولا يصح تعهد مؤسسة أجنبية ما لم تثبت تأهيلا كافيا**"[2].

ولم تكن المؤسسات الأجنبية خاضعة لهذا الالتزام قبل تعديل المرسوم التنفيذي بتعديل المرسوم 93-289 بالمرسوم التنفيذي رقم 05-114[3]، حيث شدد المشرع الجزائري على ضرورة حصول المؤسسات الأجنبية لشهادة التأهيل وهذا نتيجة لاستعداد الجزائر للدخول للمنظمة العالمية للتجارة التي تفرض على الدولة الراغبة في الانضمام إليها مبدأ المعاملة بالمثل، وبالتالي فإن المشرع قد سعى من خلال النصوص التشريعية المنظمة لجميع المجالات ومن بينها الصفقات العمومية المتعلقة بالبناء والأشغال العمومية والري إلى إلغاء مبدأ التمييز بين الوطني والأجنبي وبذلك فان المؤسسات الأجنبية ملزمة أيضا بشهادة التأهيل إذا أرادت التدخل والحصول على صفقات في الجزائر.

لكن رغم أهمية تأهيل المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية إلا أن المشرع الجزائري لم يضبط أحكام تأهيل المتعاملين الأجانب مقارنة بالمتعاملين الوطنيين والمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر، اكتفى بما جاء ضمن أحكام المرسوم 93-289 (**1**) إضافة إلى إمكانية إجراء انتقاء أولي طبقا لأحكام المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236(**2**).

<u>1- تأهيل المتعامل الأجنبي ضمن أحكام المرسوم 93-289:</u> لم يتناول هذا الأخير أحكام تأهيل المؤسسات الأجنبية بنوعيها سواء الكائنة بالجزائر أو غيرها، إلا بعد تعديله بالمرسوم 05–114، إذ فرض على هذه المؤسسات - غير الكائنة بالجزائر- تقديم ضمانات تقنية والمتمثلة في شهادة التأهيل، وهذا بالإضافة إلى الضمانات السابقة الذكر، هذا ما ورد في المادة 04 منه إذ تنص على أنه" **يتعين على المؤسسات أو مجموع المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصص والتصنيف المهنيين التي تسلمها**

---

1 - أنظر المادة 35 من المرسوم الرئاسي 10-236.

2 - BENNADJI.Ch, **<u>L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie</u>**, op.cit, p:459.

3 - المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-114 المؤرخ في 07 أفريل 2005، جريدة رسمية عدد 26 ، صادرة بتاريخ 10 أفريل 2005.

السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة أو مجموع المؤسسات المصدق عليه من قبل القنصلية الجزائرية".

وعليه يلزم المتعاملون الأجانب سواء قدموا تعهداتهم فرادى أو في شكل تجمعات، تقديم شهادة التأهيل والتصنيف في مجال صفقات الأشغال والإعتمادات بالنسبة لباقي أنواع الصفقات والمعادلة لشهادة التأهيل الممنوحة من قبل هيئات التأهيل الوطنية، وذلك بالمصادقة عليها من قبل مصالح القنصلية الجزائرية المتواجدة في البلد الذي يتواجد فيه مقر المؤسسة أو المؤسسات الأجنبية المتعهدة.

بالإضافة إلى تقديم المراجع المهنية[1] التي تثبت حسن إنجازها لمشاريع سابقة في الجزائر أو غيرها من الدول[2].

2ـ <u>التأهيل عن طريق الانتقاء الأولي:</u> نصت المادة 31 من مرسوم 2010[3] على هذا الإجراء كآلية لتأهيل المؤسسات إذا كانت العمليات المراد إنجازها معقدة وبالغة الأهمية، يتم ذلك على أساس مواصفات تقنية مفصلة ونجاعة يتعين بلوغها أو على أساس برنامج وظيفي استثناء إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، لذا تعد هذه الآلية مهمة في تأهيل المتعاملين الأجانب الذين يتمتعون بمؤهلات تقنية وفنية عالية.

---

1 ـ AVIS D'APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT N°01/OPGI/EL OUED/2009 OFFICE DE PROMOTION ET DE GESTIONIMMOBILIERE DE LA WILAYA D'EL OUED, dans l'offre technique exige La liste des références professionnelles des cinq dernières années.

2 ـ AGENCE NATIONALE DE PROMOTION ET DE DEVELOPPEMENT DES PARCS TECHNOLOGIQUES (A.N.P.T)AVIS D'APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT N°01/2010:

01-Offre technique:…

- Présentation de l'Entreprise avec toute son expérience plus particulièrement celle relative aux projets similaires de même envergure et de consistance identique <u>justifiée par des attestations de bonne exécution (également visé par les services consulaires pour les soumissionnaires étrangers)</u>.

- AGENCE NATIONAL DES BARRAGES ET TRANSFERTS, CAHIER DES CHARGES TYPE AYANT POUR L'OBJET LE LANCEMENT D'UN APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT POUR LA CONSULTATION D'UN MARCHE EN VUE DE L'ELABORATION DE L'ETUDE D'AVANT PROJET DETAILLEE …, l'art 3.b du cahier des prescription générales :

- le chef de file du groupement doit être majoritaire et agréé et avoir à son actif au moins deus études d'avant projets …, justifiées par des attestation de bonne exécution … .
- Chaque membre du groupement doit être agréé et avoir réalisé ou contribution à la réalisation d'au moins un étude d'avant projet …".

3 ـ أنظر المادة 38 من المرسوم 82ـ145، المادة 34 من الرسوم التنفيذي 91ـ434، المادة 32 المرسوم الرئاسي 02ـ250 .

ويرتبط التأهيل وفقا لهذه الآلية بمنح الصفقات عن طريق إجراء الاستشارة الانتقائية الوارد في المادة 31، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها على المؤسسات والهيئات المتخصصة[1]، قصد الحصول على أفضل العروض التي تحتوي على أفضل الشروط الموضوعية التقنية والمالية وعلى أفضل الضمانات[2]، إذ لا يسمح إلا للمترشحين الذين اجتازوا الإنتقاء الأولي بتقديم عروضهم لإنجازات تتمثل خصوصا في عمليات الهندسة المركبة وإقتناء اللوازم ذات التكنولوجيا العالية ذات الطابع التكراري، ونظرا لتعقيد هذه العمليات واتسامها بأهمية بالغة وجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات كما تقضي المادة 31 في فقرتها 4.

تتم استشارة 03 مترشحين على الأقل تم انتقائهم، أما إذا ما كان عدد المترشحين الذين تجاوزوا هذا الإجراء أقل من 03 وجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة للانتقاء الأولي من جديد.

رغم أن هذه الآلية تعتبر آلية فعالة في تأهيل المتعاملين الأجانب إلى أن المشرع لم يوضح معايير التأهيل وفقا لهذه العملية واكتفى بالإحالة على التنظيم في تحديد المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية[3].

وكخلاصة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى كل وسيلة تمكنها من الاستعلام عن قدرات المتعاملين الأجانب لاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى أو لدى البنوك والممثليات الجزائرية بالخارج، حتى يكون اختيارها لهم سديدا خاصة في ظل القضايا المطروحة أمام العدالة التي اتهم فيها العديد من المتعاملين العموميين بالفساد ومنح صفقات عمومية لمؤسسات أجنبية لم تكن مؤهلة لذلك[4].

---

1 ـ Pré-qualification des entreprises pour la Réalisation de centrales d'énergie électrique en solaire thermique (AVIS DE PROROGATION) Samedi 13 août 2011, Compagnie de L'Engineering de l'Electricité et du Gaz Mandataire de SPE:

AVIS DE PROROGATION PRE-QUALIFICATION NATIONAL ET INTERNATIONAL N°15/KDM/2011
La compagnie de L'Engineering de l'Electricité et du Gaz "CEEG Spa", agissant pour le compte de la Société Algérienne de Production de l'Electricité "SPE Spa" informe les candidats intéressés par l'Avis de pré-qualification National et International Ouvert N°15/KDM/2011, relatif à la conception et la réalisation de centrales de production d'énergie électrique en solaire thermique à concentration (CSP), paru sur le BAOSEM N°773 du 21/06/2011 .

2 ـ عبيد ريم، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 123.

3 ـ المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236 **" تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية كما هو منصوص عليه في المادة 31 أعلاه بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالملية والوزير المعني".**

4 ـ مقال بعنوان **" وزير الطاقة السابق أمر بتجميد مناقصات الشركات الأجنبية غير المؤهلة بمجرد انطلاق التحريات"** في متابعة للقضية المطروحة أمام محكمة الجنايات بمجلس قضاء الجزائر العاصمة، إيمان عيلان، جريدة النهار ، بتاريخ 02 أكتوبر2011.

الفرع الثاني : الضمانات التجارية وشروط دعم المنتوجات الممنوحة من المؤسسات الأجنبية

رغم أن هذه الشروط مفروضة على المتعامل الأجنبي دون غيره تعتبر تمييزية في كثير من الأحيان؛ إلا أن طبيعة الصفقات التي تساهم فيها هذه المؤسسات تقتضي مثل هذه الشروط والضمانات نظرا لاتسامها بالتعقيد ودقة موضوعاتها، إذ أن لجوء المصلحة المتعاقدة للصفقات الدولية يهدف أساسا للحصول على التكنولوجيا الحديثة التي قد تعجز المؤسسات الوطنية على توفيرها (1)، إضافة إلى أن إقامة المؤسسة الأجنبية مؤقت أو لا يقتضي حتى الدخول إلى الإقليم الوطني مع إمكانية شحن اللوازم والتجهيزات التي تخص موضوع الصفقة، وبالتالي وجب الحصول على التزام منها بدعم المنتوجات موضوع الصفقة (2).

1ـ <u>تحويل التكنولوجيا:</u> بداية من أحكام اختيار المتعامل الأجنبي ضمن مرسومي 2002 و2010 الذين لم ينصا صراحة على هذا الضمان خلافا للمرسوم 82ـ145 الذي نص صراحة ضمن المادة 53 على أنه" **يجب أن يراعى في اختيار المتعامل المتعاقد على الخصوص توافق الثوابت التالية:...**

- **التحويل الحقيقي للتكنولوجيا** ".

واكتفى كل منهما بعبارة الضمانات التجارية الممنوحة من قبل المؤسسات التجارية، والأكيد أنه بالنظر للعمليات التي تتضمنها الصفقات الدولية وجب أن تتضمن العقود بنودا في مجال نقل التكنولوجيا، أي شروط تجيز الحصول على المعارف التقنية في تسيير التجهيزات أو المركبات موضوع الصفقة، دون الخوض كثيرا في أحكام نقل التكنولوجيا نتوقف بصورة موجزة عند نقطتين ذكرتا ضمن أحكام قانون الصفقات تتعلق الأولى أساس بالتكوين ***la formation professionnelle***، في حين تتمحور الثانية حول المساعدة التقنية ***l'assistance technique***:

1.1ـ <u>تحويل التكنولوجيا ذات الطابع التعليمي ـ التكوين ـ</u> : يقصد بالتكوين تحقيق أهداف لا تتعلق فقط باستغلال التجهيزات التي تكون الوحدات الإنتاجية؛ بل يجب أن تعطي الفرصة للعمال قصد التحكم في مختلف التقنيات التي تمكنهم من ضمان سير الوحدات وتوفير الإنتاج طبقا لتطور احتياجات السوق[1]، ويبدو أهمية التكوين خاصة فيما يتعلق العقود التي تتضمن إنجاز وحدات إنتاجية في مجال أو عقود المفتاح في اليد والمتوج في اليد وصفقات توريد

1 - BENCHENEB.A, **<u>Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie,</u>** op.cit, p: 204.

التجهيزات[1]، وبصفة عامة في الصفقات التي تتعلق بالمنشآت الكبرى هذا ما أكدت عليه العديد من العقود المبرمة بين الجزائر والمتعاملين الأجانب، إضافة إلى أن المسؤولين قد أكدوا عليه حديثا ضم العديد من التصريحات أبرزها ما جاء على لسان القائد الأول للبلاد[2]، وتحدد دفاتر شروط الصفقات كيفيات التكوين ومكانه وكذا كيفيات اختيار المترشحين للتكوين ومجال التكوين[3].

2.1- المساعدة التقنية[4]: تعد المساعدة التقنية الامتداد المنطقي للتكوين المهني، وإذا كانت عملية التكوين تشكل خدمة تمتد آثارها مع الزمن فالمساعدة التقنية تشكل عملية محددة من المورد؛ إلا أن ضرورتها مبنية على بحث الأطراف ضمانات قطعية ومؤكدة نظرا لأن المشتري عادة يكون عديم التجربة في هذا المجال[5]، لذلك حدد المرسوم 10-236 في مادته 62 المتعلقة بالبيانات التي يجب أن تحملها الصفقة"... **النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، قائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم ...**".

باختلاف أنماط مناصب العمل تتنوع أشكال المساعدة التقنية ومنها:

- المساعدة التقنية في مجال التسيير[6]: ومضمونها هو المساهمة في تسيير الوحدات الإنتاجية موضوع الصفقة.
- المساعدة التقنية في مجال الاستغلال: بانتداب عدد من العمال المختصين التابعين للمتعامل المتعاقد تبدأ من التسليم المؤقت.

---

1 - عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 229-239.

- BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien-,** op.cit, pp: 411-412.

2 - Sociétés étrangères présentes en Algérie: **La formation des travailleurs, une obligation**: "Le président Bouteflika a demandé mardi au gouvernement de veiller à ce que les groupes étrangers bénéficiant de contrats de réalisation de projets d'envergure en Algérie mettent en place un volet formation des travailleurs algériens afin de leur permettre d'acquérir connaissances et savoir-faire.

C'est en recevant le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité sociale, Tayeb Louh, pour les auditions des membres du gouvernement, que le chef de l'Etat a donné cette instruction. Et Bouteflika a d'ailleurs insisté à ce que cela se fasse de manière systématique.

Pour lui, il convient de veiller à « l'insertion systématique » des clauses de formation de la main d'œuvre qualifiée dans le cadre des contrats de réalisation des grands projets confiés aux grandes entreprises étrangères, afin, explique-t-il, « de faire bénéficier les cadres et les travailleurs du savoir-faire et de la maîtrise de la technologie ». L'emploi et la formation ont été au centre des orientations du chef de l'Etat au ministre en charge du secteur.

« Il est impératif que les efforts en matière de mise en adéquation du produit de la formation avec les besoins du marché du travail soient poursuivis de manière à pouvoir disposer d'une main d'œuvre qualifiée maîtrisant les technologies les plus récentes et répondant aux exigences de qualité et de performance qu'impose un environnement caractérisé par la concurrence et la compétition », a déclaré le président de la République. LE FINANCIER

3 - BENCHENEB.A, **Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**, op.cit, pp: 204-209.

4 - BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien-**, op.cit, p: 390.

5 - Op.cit, p: 210.

6 - عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 240.

- BENCHENEB.A, op.cit, p: 211.

2ـ شروط دعم المنتوجات: حسب نص المادة 56 تعد هذه الشروط من معايير اختيار المتعامل الأجنبي وتتعلق بحقوق المستهلك الذي عرفته المادة 3 من القانون 09ـ03[1] على أنه " **كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو شخص آخر...**" والذي يدخل المصلحة المتعاقدة في مفهومه كمستهلك كباقي المستهلكين، على المنتج أو المتعامل المتعاقد الذي يلزم بتقديم مدة ضمان تتم خلالها تقديم خدمات ما بعد البيع إضافة إلى الصيانة والتصليح في حال ظهور عيب بالخدمات المنجزة من قبل هذا الأخير[2]، ويخضع المتعامل الوطني لهذا الإلزام بقوة القانون لخضوعه للقانون الجزائري، إنما فرض هذا الالتزام على المتعامل الأجنبي لما سبق ذكره من إمكانية توريد الخدمات أو التجهيزات دون أن يكون المتعامل الأجنبي على الإقليم الوطني أو تكون إقامته مؤقتة بزمن معين يقدر بآجال التنفيذ.

المطلب الثالث : الالتزام المسبق بالاستثمار ـ المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10ـ236ـ

المتصفح لأحكام قانون الصفقات العمومية في نسخته الخامسة الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10ـ236 يجزم بالنظر إلى العديد منها أن الهدف منه هو تشجيع المصلحة المتعاقدة على اللجوء واختيار المتعاملين الوطنيين كتحصيص الصفقات ***Allotissement***؛ والتي تهم في عمومها المشاريع المعقدة والمنشآت الكبرى كعقود المفتاح في اليد مثلا، وكذا هامش الأفضلية ، كذلك إلزام المتعامل العمومي على طرح صفقاته العمومية في شكل صفقات وطنية إذا كان بالإمكان إنجازها بإمكانات محلية وطنية المادة 54.

وعملا بتعليمة الوزير الأول[3] فإن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 بعد الأحكام التي تضمنها سابقه لسنة 2009، قد ألزم في مادته 55 المتعهدين الأجانب بالاستثمار في نفس مجال الصفقة العمومية الدولية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة إذا ما

---

1 ـ القانون 09ـ03 المؤرخ في 29 صفر لعام 1430 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

2- Ministère De Finance, Appel D'offres National Et International Ouvert n°03, cahier des charges relatif à l'ameublement, art 22: "**les soumissionnaires fourniront une liste de pièces de rechanges indiquant les quantités et les prix qu'ils jugent nécessaires pour assurer la maintenance de leurs matériels pendent trois ans**".

3 ـ التعليمة الصادرة بتاريخ 21 ديسمبر 2008 المتعلقة بالاستثمار الأجنبي.

رست هذه الأخيرة على المتعامل الأجنبي، وقد اقتبس المرسوم 10-236 هذا التزام وفقا لما جاءت به المادة 24 منه.

إلا أن الغموض الذي اكتنف هذه المادة وعدم توضيح كيفيات تطبيقها دفع المشرع في إصدار المرسوم 11-98 المعدد والمتمم للمرسوم 10-236 والذي حدد محتوى هذا الالتزام (**فرع أول**)، وإجراءات تنفيذه (**فرع ثان**)، كما قرر جزاءات تترتب عن مخالفة هذا الالتزام (**فرع ثالث**) الأمر الذي أحدث ردود فعل واسعة لدى المتعاملين الأجانب في كافة القطاعات[1].

الفرع الأول : محتوى شرط الالتزام بالاستثمار

مع اختلاف طفيف في صياغة المادة 55 من قانون المالية لتكميلي لسنة 2010 ومتن المادة 24 ضمن المرسومين 10-236 و11-98 المعدل والمتمم له فإن محتوى الالتزام بالاستثمار **هو التعهد من قبل المؤسسات الأجنبية التي تتعهد وحدها أو في إطار تجمع ضمن دفتر شروط المناقصات الدولية بالاستثمار في نفس مجال الصفقة المطروحة**، المادة 02 من المرسوم 11-98 تعدل وتتمم المادة 24 في فقرتها01 " **يجب أن تنص دفاتر شروط الناقصات الدولية ، في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكمة بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام الاستثمار عندما يتعلق الأمر بمشاريع خاضعة لإلزامية الاستثمار...**"[2]؛ في إطار شراكة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وهو ما جاءت به الفقرة01 من المادة 24 من الرسوم 10-

---

1 ـ مقال بعنوان " **سوناطراك تلقت كتابات من شركات أجنبية تحفظت على مضمون المادة 24: شرواطي يعلق العمل بالمادة 24 من قانون الصفقات العمومية**" "ذكرت مصادر مطلعة للبلاد أن الرئيس المدير العام لسوناطراك، قد أمر قبل أيام بتعليق العمل بالمادة 24 من قانون الصفقات العمومية الملزمة للمؤسسات الأجنبية بضرورة الاستثمار في الجزائر مقابل إبرام صفقات. وأرجع المصدر الأسباب التي دفعت شرواطي إلى هذا القرار "إحجام المتعاملين الاقتصاديين الأجانب عن دخول السوق الجزائرية، وتعليق الصفقات التي كان ينتظر أن تتم حتى صدور النصوص التطبيقية الخاصة بقانون العمل للصفقات العمومية نهاية شهر مارس".

وتذكر المصادر من الشركة النفطية، تلقيها كتابات من شركات أجنبية أبدت رغبتها في دخول السوق الجزائرية لكنها اصطدمت بعدم وجود إجابات وافية، وطرح المستثمرون إشكالات عدة، وأعرب ممثلو المؤسسات الأجنبية عن استيائهم من الإجراءات الجديدة التي تضمنها قانون الصفقات العمومية لاسيما ما تعلق بإجبارهم على الاستثمار في الجزائر مقابل اقتناء التجهيزات التي تحتاجها مختلف فروع سوناطراك، كمؤسسة النقل عبر الأنابيب.

وقالوا عبر قنوات عادية ودبلوماسية "لا يعقل مقابل صفقة عتاد لا تكلف الكثير إنشاء مصنع برؤوس أموال ضخمة"، والكثير من ممثلي الشركات الذين زاروا الجزائر طالبوا بتعديل دفاتر الأعباء الخاصة بالمناقصات التي طرحها مجمع سوناطراك ورحبوا بها لكن شروط الاستثمارات حالت دون دخول الكثيرين لهذه المناقصات، عبد السلام س، جريدة البلاد بتاريخ 22 فيفري 2011.

2 ـ إعلان عن مناقصة وطنية و دولية محدودة رقم 06-2011 من أجل انجاز أشغال تقوية المرفأ الشمالي لميناء مستغانم –الشطر الرابع- يوجه هذا الإعلان عن المناقصة للمؤسسات و لمجموعة المؤسسات الوطنية والأجنبية المؤهلة في مجال الأشغال العمومية، بحيث يجب أن تتوفر فيها الشروط الأدنى التالية:...

-ب - يجب أن يتضمن عرض المتعاهد الأجنبي التزاما بتلبية الشراكة.

236 وكذا المادة 24 المعدلة من المرسوم 11-98 بالنص على أنه " **يجب أن يكون الالتزام بالاستثمار المذكور في الفقرة السابقة بالنسبة للمؤسسات الأجنبية التي تتعهد وحدها أو في إطار تجمع في إطار شراكة في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة، مع مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات، خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها جزائريون مقيمون**".

كما أردفت المادة 24 جملة من الإجراءات لإزالة اللبس عن النص السابق وبيان إجراءات تنفيذ هذا الالتزام، إذ استبعدت الفقرة 03 الطابع الشمولي والتلقائي للالتزام بالاستثمار مقابل فوز المؤسسات الأجنبية بالصفقة الذي جاء في مرسوم 10-236[1] بحصر التعهد بالاستثمار في مشاريع معينة ووفقا لطبيعة الاستثمار حسب المصالح المتعاقدة كما يلي:

1- <u>في حالة الصفقات التي تبرمها الدولة والهيئات المستقلة</u>: يكون تحديد المشاريع محل التعهد وطبيعة الاستثمار بموجب قرار من سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني.

2- <u>في حالة صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية</u>: ميزت المادة بين حالتين:

- إذا كانت الصفقات ممولة جزئيا أو كليا بمساهمات نهائية من الدولة يكون تحديد المشاريع الخاضعة لإلزامية الاستثمار وكذا طبيعتها من اختصاص الوزير المعني بموجب مقرر منه.
- أما إذا كانت صفقات المؤسسات العمومية غير ممولة من طرف الدولة فالاختصاص في تحديد المشاريع يعود لمجلس مساهمات الدولة.

إلا أنه ولبعض الاعتبارات قررت الفقرة 13 من المادة 24 إمكانية إعفاء المتعامل الأجنبي من الالتزام بالاستثمار من قبل سلطة المؤسسة الوطنية السيادية، أو الهيئة الوطنية المستقلة، أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة حسب الحالة، سواء جسد هذا الأخير

1 ـ مقال بعنوان "**الحكومة تخفف إجراءات منح الصفقات للأجانب أعادت النظر في إلزامية الاستثمار مقابل الفوز بالعقود العمومية**" خفف المرسوم الرئاسي المنشور بالجريدة الرسمية من الصرامة في منح الصفقات العمومية للأجانب. فبعد أن كانت الشركات الأجنبية ملزمة بالاستثمار في الجزائر بشكل تلقائي مقابل فوزها بكل صفقة عمومية، أصبحت إجبارية الاستثمار مربوطة بقرارات تصدرها السلطات العمومية بناء على نوعية المشاريع وأحجامها وإستراتيجية قطاعها... وأشارت مصادر الخبر إلى أن هذه الإلزامية ستصبح مفروضة بناء على إستراتيجية القطاع وحجم الصفقة العمومية الممنوحة والتي تعني أن الشركة الأجنبية الفائزة بها تمتلك القدرات التقنية والمالية للاستثمار في البلاد"، سليم بن عبد الرحمن، الخبر اليومي 12 مارس 2011.

عملية الشراكة أو التزام بتجسيدها مع وجوب ذكر إمكانية الإعفاء في دفتر الشروط، يعد هذا **الإعفاء اختياريا**.

إلا أن الإعفاء يصبح بقوة القانون إذا تعلق الأمر بالصفقات المبرمة وفقا إجراء التراضي البسيط، بعد أن كانت المادة 24 ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 قد حصرت هذا الإعفاء في غير الحالتين الرابعة والسادسة والتي تضم" ...

4-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

-...

6- عندما يتلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء"

إذ أن إبرام الصفقات وفقا لإجراء التراضي لا يمكن الإدارة من فرض شروطها كاملة إنما تخضع إلى مبدأ التفاوض بين الطرفين الذي يختلف عن طابع الإذعان الذي تتميز به الصفقات المبرمة وفقا لإجراء المناقصة، لذا رأى المشرع عدم جدوى فرض هذا الالتزام لرفضه المسبق من طرف المتعاملين الأجانب.

الفرع الثاني : إجراءات تنفيذ الالتزام بالاستثمار

بداية فإن هذه الإجراءات تعني كافة الصفقات مهما كان موضوع هذه الصفقة [1] حيث تنص المادة 24 في فقرتها 18 على أن " **تطبق الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات**"، كما تكلف المصلحة المتعاقدة المعدة لملف المناقصة قائمة غير محددة من المؤسسات أو التي يمكنها أن تجسد عملية الشراكة مع المتعهد الأجنبي [2].

1 ـ يجدر التنويه في هذا الشأن أن غموض بعض أحكام المرسوم 10-236 دفع الوزير الأول إلى إرسال تعليمة بتاريخ 05 جانفي 2011 "**بخصوص تنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي 10-236**" ترمي إلى عدم خضوع الصفقات التي تم إيداع مشاريع دفاتر شروطها على مستوى لجان الصفقات المختصة بتاريخ 07 أكتوبر 2010 تبقى خاضعة للمرسوم الرئاسي 02-250.

2 ـ يبدو أن الفهم الخاطئ للالتزام بالاستثمار في إطار شراكة مع المتعاملين الوطنيين بالنسبة للمتعاملين الأجانب حال فوزهم بالصفقات الدولية قد أحدث جدلا لدى وسائل الإعلام المقروءة حيث يرون إشراك المؤسسات الوطنية في إنجاز موضوع الصفقة، من ذلك ما ذهبت إليه جريدة الخبر في مقال بعنوان شركات وطنية تجاهلت شرط إلزام الأجانب بإشراك مؤسسات محلية شركات وطنية تخالف مرسوم بوتفليقة حيث علقت" أثار إخلال شركات وطنية بشرط إلزام الشركات الأجنبية، للحصول على الصفقات، بإدماج شركات وطنية بنسب مختلفة زوبعة في قطاع الطاقة، بعد أن أقدمت سوناطراك على إطلاق مناقصة دون أن تضع هذا الشرط في دفتر الأعباء، عكس ما يفرضه المرسوم الرئاسي الصادر في مارس الماضي، وهو نفس ما قامت به سونلغاز، ما أثار استياء كبيرا في أوساط المؤسسات الوطنية.

اعتبر هذا الإجراء كتصحيح كان من الضروري اتخاذه، حيث لم يخف المتعاملين الخواص الوطنيين امتعاضهم من حصول المؤسسات الأجنبية على أغلبية الصفقات المطروحة في الخطط التنموية السابقة، مما يضمن لهم حصة في المخطط التنموي الخماسي الذي رصدت له الحكومة 286 مليار دولار.

في مرحلة ثانية وجب أن يتضمن العرض التقني الذي يقدمه المتعامل الأجنبي التزامه حسب رزنامة زمنية ومنهجية بتلبية الشرط المتضمن التعهد بالاستثمار وهو النموذج الذي تضمنه القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2011 [1]، وفي حالة رست الصفقة على المتعامل الأجنبي فإنه يبلغ الشريك أو الشركاء الجزائريين المعنيين بإبرام الشراكة كما يقتضيه الالتزام.

أما عن الجهة المكلفة بمتابعة تجسيد الاستثمار فأوكلت المهمة للوكالة الوطنية لتطوير لاستثمار إذ تبلغ هذه الأخيرة المصلحة المتعاقدة بتقدم تنفيذ الالتزام، كما تعلم المصلحة المتعاقدة الوزير المكلف بالمالية وترسل له تقريرا مرحليا كل ثلاثة أشهر.

الفرع الثالث : الجزاءات المترتبة عن مخالفة الالتزام بالاستثمار

يبدو أن المشرع الجزائري في المرسوم 11-98 المعدل والمتمم للمرسوم 10-236 قد كان أقل حماسة، فبعد أن فرض عقوبات تصل إلى حد اقتطاع 20% من مبلغ الصفقة إضافة إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية المخلة بالتزامه بالاستثمار ضمن قائمة المؤسسات الممنوعين من التعهد في الصفقات العمومية، كما قد يتم فسخ الصفقة إذا لم يتم تنفيذ الشراكة قبل تجسيد الصفقة أي قبل بداية تنفيذها.

وضمت المادة 24 المعدلة جزاءات أقل حدة بدايتها هو الإعذار وفقا لما تقتضيه المادة 112 من المرسوم في فقرتها 01 " **إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد**" والمتضمن للبيانات المحددة طبقا للقرار

وتصنف المخالفة المرتكبة في الصفقات المنتظر أن يتم فتح أظرفة مناقصاتها، قبل نهاية الشهر الجاري، في عدم إدراج شرط إشراك الجانب الذين ترسو عليهم الصفقة لشركات وطنية، حيث لم يتضمن دفتر شروط المناقصة رقم "S.H.Db.AT/11/034' الخاص بالتجهيز بأنابيب، وهي المناقصة المعلن عنها في أوت الماضي، الشرط الذي يحدده المرسوم الرئاسي 11-98.

1 ـ الملحق08: **نموذج عن التعهد بالاستثمار** بموجب القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011[1]، وفي حال لم يمتثل تسلط عليه عقوبات مالية تطبيقا للمادة المادة 9 الفقرة 2.

كما أن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة على حساب المتعامل المتعاقد الأجنبي بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة.

وكجزاء أخير تسجل المؤسسة الأجنبية المخلة ضمن قائمة المتعاملين الممنوعين طبقا لأحكام المادة 52[2]، إقصاء نهائيا من المشاركة في الصفقات العمومية تبعا لما يقضي به القرار المتعلق بإقصاء المؤسسات من الدخول في الصفقات العمومية[3].

علما أن مقرر الإقصاء يشمل جميع صفقات المصالح المتعاقدة[4].

في الأخير يبقى نجاح المادة 24 في استقطاب استثمارات أجنبية في إطار شراكة مع المؤسسات الجزائرية مرهونا بعدة عوامل؛ أبرزها يتمثل في عدم إمكان عثور المستثمر الأجنبي على الشريك المناسب لبدء العرض وإن وجدت بعض الشركات الناجحة إلا أن ذلك لا يعمم في كل المجالات[5]، إلا أن غياب الشريك المحلي لا يشكل معضلة بالنسبة لوزير المالية السيد كريم جودي الذي صرح بتحديد الشركاء المحليين المحتملين، وأضاف قائلا أن *هناك قائمة من الشركات التي يتم تحديدها حسب كل نشاط، كما أردف أن مشاريع الاستثمار التي تتطلب تكنولوجيا عالية الجودة ستجد*

1 ـ قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011 .

2 ـ التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011، حيث يمكن الطعن في مقرر الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني المتضمن للمنع من دخول الصفقات العمومية بعد ثبوت فعل من الأفعال المخلة بأحكام المرسوم 10ـ236 وذلك أمام المحكمة المختصة إقليميا ونوعيا طبقا للمادة 03 من القرار.

3 ـ قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011، تنص المادة 8 "**يطبق الإقصاء النهائي بمقرر على المتعاملين الاقتصاديين:**
ـ الأجانب المستفيدون من صفقة، الذين أخلوا لغرض تحديد تسجيل المؤسسة ضمن المؤسسات الممنوعة من دخول الصفقات العمومية صدر القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيات بالتزامهم المحدد في المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10ـ236 ..."

4 ـ المادة 14 من القرار كيفيات الإقصاء "**عندما يقصى متعامل اقتصادي من المشاركة في صفقة عمومية يسري مفعول المقرر على كل المصالح المتعاقدة**"، كما تنشر قائمة المؤسسات الممنوعة من دخول الصفقات العمومية على البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وموقع وزارة المالية تطبيقا لأحكام المادة 10 من نفس القرار.

5 ـ وفقا لتصريحات السيد: بنساسي، رئيس المجلس الاستشاري الوطني للمشاريع الصغيرة والمتوسطة، لجريدة le financier في مقال بعنوان:
Les marchés publics: Le Blog référence de l'actualité des Marchés Publics en Algérie, LFC 2010 - Soutien de « principe » du privé à l'obligation de partenariat avec des locaux, mardi 28 septembre 2010.

على الأقل شريكا في الجانب المالي الذي سيتوفر لدى المتعاملين المحليين والذي قد تكون الصناديق الوطنية للاستثمار أو البنوك..."[1] .

من جهة أخرى ومن زاوية قانونية يمكن للمؤسسة الأجنبية أن تجسد شراكة مع المتعاملين الجزائريين تطبيقا لنص المادة 24 لكن في ظل غياب أحكام أشد صرامة لا يمكن استبعاد عيب صورية الشركة بين المتعامل الأجنبي المتعهد بالاستثمار والشريك الوطني، الذين لا يأخذان بالحسبان الموضوع والغرض الاجتماعي *l'afféctio sociétatis* الذي تتضمنه المادة 416 من القانون المدني التي تنص على"*الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذو منفعة مشتركة...*"[2].

المبحث الثالث : تنفيذ الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر

الأكثر من إبرام الصفقات الدولية وما لهذه المرحلة من أهمية ، فإن تنفيذ هذه الأخيرة يتيح تسليط الضوء على حيوية العلاقات التجارية الدولية وأدائها، بالتالي فإن دراسة تنفيذ هذه العقود يقودنا إلى النظر في مجموع الالتزامات المشتركة لكل أنواع الصفقات، إذ على المتعامل الأجنبي التقيد بما ورد في دفاتر الشروط الخصوصية من أجل التنفيذ المادي لموضوع الصفقة العمومية.

ونظرا لتشعب وتعدد جوانب تنفيذ الصفقة وحتى لا نخرج عن إطار دراستنا هذه؛ اخترنا أكثر المواضيع حساسية في تنفيذ الصفقات الدولية وهي تلك المتعلقة بالنظام المالي للصفقة الدولية خاصة فيما يتعلق بالثمن (**مطلب أول**)، ثم الخصوصية التي تميز هذا النوع من الصفقات في مجال الضمانات المالية (**مطلب ثاني**)، وبما أنه لا تكاد تخلو العقود الدولية ومن ضمنها الصفقات من المنازعات أثناء تنفيذها، نفرد لمسألة المنازعات جانبا من هذه الدراسة (**مطلب ثالث**).

---

1 - تصريحات وزير المالية كريم جودي لنفس الجريدة ونفس المقال.

2 - LEZZAR.N.E, <u>**Le régime juridique du contrat international dans le droit algérien**</u> , op.cit, p: 388.

المطلب الأول : الثمن في الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب

لا تختلف طريقة تحديد الثمن الذي يمثل محل التزام المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في الصفقات الدولية عن تلك المنتهجة في الصفقات الوطنية، إذ أن المشرع قد نص على صيغ تحديد الثمن اتفقت عليها مختلف التنظيمات وهي:

- السعر الإجمالي والجزافي[1]؛
- بناء على قائمة سعر الوحدة[2]؛
- بناء على النفقات المراقبة[3]؛
- السعر المختلط[4].

ويجب أن يتضمن السعر كافة النفقات والتكاليف الضرورية الناتجة عن تنفيذ الصفقة ويختلف محتوى السعر حسب موضوع الصفقة.

دون الخوض في أحكام السعر في مجال الصفقات العمومية الذي حضي بدراسة تفصيلية سابقة[5] ، لا يسعنا في هذه الدراسة لا أن نتطرق إلى أما ما ميز مسألة الثمن في الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر، تحديد السعر(**فرع أول**) ثم شروط كيفيات دفعه نظرا للطابع التجاري الذي تتميز به الصفقات الدولية (**فرع ثاني**) والمرتبطة غالبا بالنظم والإجراءات المتخذة من قبل بنك الجزائر.

---

1 ـ دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964 قدم تعريفا للصفقات المبرمة على أساس السعر الجزافي في المادة الأول" **إن صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا**".

2 ـ المادة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 "**إن صفقات أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة المتسلسلة**".

3 ـ فبمقتضى المادة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة "**إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية و مراقبة (اليد العاملة و الأدوات و المواد المستهلكة و كراء الآلات و النقل و ما إلى ذلك)، و التي تستهدف تنفيذ شغل محدود و يجرى تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة و الربح**".

4 ـ أكرور مريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير – فرع قانون الأعمال ـ ، سنة 2007ـ2008، ص: 55 " **يجد هذا النوع من الأسعار مجاله الخصب في صفقات أشغال البناء، حيث يطبق السعر الإجمالي والجزافي على المنشات القاعدية التي يمكن تحديدها مسبقا ويطبق السعر الوحدوي على الأشغال التي لا يمكن تحديدها بدقة**".

5 ـ أكرور مريام، السعر في الصفقات العمومية، نفس المرجع.

الفرع الأول : تحديد السعر في الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب

غالبا من تكون الأسعار في الصفقات عموما ومنها الدولية تحدد بطريقة السعر الثابت[1] سواء جزافي[2] أو بناء على قائمة سعر الوحدة[3]، و ليس أدل من ذلك أكثر من البنود التي تدرج في دفاتر الشروط تحت صيغة " **الأسعار... ثابتة ونهائية وغير قابلة للمراجعة طول مدة تنفيذ العقد**" " **الأسعار المعروضة ستكون ثابتة ونهائية**"[4]، تبرير لجوء الجزائر لمثل هذه الطريقة لتحديد الأسعار في أن استعمال التقنيات الأخرى يتطلب معرفة أعمق ورقابة صارمة من قبل الإدارات الجزائرية، كما يمثل هذا النمط من الأسعار تأمينا ماليا ضد التحولات التي قد تطرأ أثناء إنجاز الصفقة[5].

إلى أن إمكانية مراجعة الأسعار في الصفقات الدولية واردة إما تحت وطأة الظروف الطارئة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، أو بالاتفاق على إدراج بنود صريحة ضمن دفتر شروط الصفقة[6] وفقا لما تقتضيه أحكام قانون الصفقات العمومية في هذا الشأن.

وما يميز الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية هو إمكانية استعمال أرقام استدلالية *(Io)*[7] غير تلك المعمول بها والموافق عليها ضمن النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية، هذا ما جاء في نص المادة 69 من المرسوم 10-236 " **غير أنه فيما يخص صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها**

---

1 - أنظر المرسوم 10-236 المادة 63: **يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة لاحترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي الجزافي**"، كذلك المرسوم 02-250 ضمن المادة 51.

2 - إعلان رقم 72 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1391 الموافق لـ 01 فيفري 1973 صادر عن وزير المالية، يتضمن تحديد إجراءات وطرق تحويل الأموال بعنوان العقود التي ترمها المؤسسات العمومية الوطنية مع المؤسسات الأجنبية، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 27 فيفري 1973، لا يمنع السعر المحدد إجماليا أو جزافيا من وضع كشف تفصيلي لجملة الخدمات والدراسات والمساعدة التقنية ...، خاصة ما يتعلق بعقود المفتاح في اليد كما يشير إلى ذلك الفصل الثاني من الإعلان.

3 - Ministère De Finance, Appel D'offres National Et International Ouvert n°03, cahier des charges relatif à l'ameublement, art 3: "**ENVOI DES SOUMISSIONS: les soumissions sont transmises dans trois enveloppes distinctes comme ci-après:….Bordereau des prix unitaires par lot notamment: Prix HT F.O.B port d'embarquement, Prix HT C.I.F Alger…**".

4 - BOUADDIS.(A.W), **Le contrat d'engineering en Algérie**, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'étude supérieure en droit privé, Université d'Alger, 1976, p: 83.

- BLANC.G, **Le contrat international d'équipement industriel – l'exemple algérien** op.cit, p: 154.

5 - أكرور مريام، **السعر في الصفقات العمومية**، المرجع نفسه، ص:44.

6 - في حين لم يتضمن الأمر 67-90 ، المرسوم 91-434 والمرسوم 82-145 تفضيل السعر الإجمالي الثابت إلا أن اشتراطها لوضع صيغ المراجعة في المواد 62، 57و 53 على التوالي، يعد ضمنيا أنها تفضل هذا النمط من الأسعار.

7 - BEAUGE.Th, **Dictionnnaire de la commande publique**, op.cit, p:102" **l'indice représentation périodique d'une valeur attachée à un produit ou à un service et permettant de prendre en compte la variation du prix initial d'un marchés.**

La variation de l'indice entre sa valeur initiale au dénominateur et sa valeur au moment de sa lecture au numérateur va mesurer un écart qui servira soit à l'actualisation du marché, soit a son ajustement, soit enfin à sa révision, selon les dispositions prévues dans le marché. Les indice officiels (en France) suivis par le Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation (BOCC) ou par le Bulletin mensuel de la statistique (BMS) sont souvent trimestriels.

بالعملة الصعبة فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد أو أي أرقام استدلالية أخرى".

أما عن كيفيات تطبيق صيغ المراجعة وشروطها فهي ذات الشروط التي تنص عليها أحكام قانون الصفقات العمومية في هذه المسألة[1].

الفرع الثاني : شروط دفع الثمن و كيفياته في الصفقات المبرمة مع المتعامل الأجنبي

نظرا للطابع الخاص الذي يميز الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب، فإن هذه الخصوصية تنصرف إلى الجانب المالي لمثل هذه الصفقات فيما يخص شروط دفع مستحقات المتعامل المتعاقد (1) من جهة ، وبما أن غاية المتعامل المتعاقد هو تحويل أمواله لمقر إقامته فإن هذا يحتاج وقفة في بيان كيفيات الدفع(2).

1ـ <u>شروط دفع الثمن:</u> بداية تجدر الإشارة تدفع المستحقات التابعة للمتعامل الأجنبي في جزء منها بالعملة الوطنية فيما يمكن تحويل الباقي بالعملة الأجنبية لبلد المتعامل المتعاقد، لم تتضمن أحكام قانون الصفقات العمومية شروط دفع الثمن عدا تلك المتعلقة بتقديم ضمانات رد التسبيقات[2] المالية وكفالة الضمان، التي تستفيد منها المؤسسات الأجنبية كغيرها من المتعاملين المتعاقدين، أو اشتراط تحديد البنك محل الوفاء[3] ***Banque domiciliataire*** ضمن دفاتر الشروط (1) ، إضافة إلى وجوب تحديد الحصة القابلة للتحويل[4] لبلد المتعامل المتعاقد الأجنبي (2) ، في حين أفرز البحث في القوانين ذات الصلة إلى تنظيم هذه المسألة بأكثر دقة وحزم من قبل تنظيمات بنك الجزائر.

1.1ـ <u>تحديد البنك محل الوفاء:</u> يشترط تحديد البنك محل الوفاء مهما كان موضوع العملية المزمع تنفيذها من قبل المؤسسة الأجنبية، وهو اشترطه الفصل الثاني المتعلق بشروط التحويل بنصها " **يتعين على كل مؤسسة الأجنبية وقعت عقدا مع هيئة جزائرية تطبق عليها أحكام هذا الإعلان أن تفتح بمجرد التوقيع على**

---

1 ـ أكرور مريام، <u>السعر في الصفقات العمومية</u>، المرجع نفسه، ص:78 وما يليها.

2 ـ المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236.

3 ـ المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236 المادة 62" **يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:... – بنك محل الوفاء**".

4 ـ تجدر الإشارة أن قيمة الحصة القابلة للتحويل هي معيار لاختيار المتعامل الأجنبي مع المصلحة المتعاقدة طبقا لأحكام المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236.

العقد وبالاتفاق مع البنك المتخذ موطنا للعقد، حسابا داخليا غير مقيم وخاصا بالصفقة العمومية تحت عنوان " حساب داخلي غير مقيم صفقة عمومية"[1].

في حين أن نظام بنك الجزائر المتعلق بتوطين الواردات[2] يشترط أن تكون موضوع توطين كل عقد توريد للسلع والخدمات مقابل دفع بتحويل للعملة الصعبة أو عن طريق حساب بالعملة الصعبة بما فيها العقود التي تبرمها المتعاملين العموميون، لدى البنوك الوسيطة المعتمدة[3]، وهي مسؤولة عن التحويلات الجارية للإدارات العمومية[4].

2.1- **تحديد الحصة القابلة للتحويل:** في معرض تحديد أحكام النظام رقم 07-01 أكد هذا الأخير على إمكانية التحويل إلا أنه لم يخص التحويل بمناسبة الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية، ومن خلال بحثنا لم نتعرض سوى للإعلان رقم 72 الذي تعرض لتحديد الحصة القابلة للتحويل[5]، الإعلان الذي وضع طرق تفصيلية لحساب الحصة القابلة للتحويل لكل نوع من أنواع الصفقات على حدا.

2- كيفيات الدفع: تختلف كيفيات الدفع باختلاف مواضيع الصفقات المبرمة مع المتعامل الأجنبي، إذ قد يكون الدفع إجماليا بجزأيه بالعملة الوطنية والأخر بالعملة الأجنبية في عقود مثل عقود نقل التكنولوجيا والمساعدة التقنية إضافة إلى عقود التوريد التي غالبا ما تدفع بهذه الكيفية، اعتمادا على الكميات محل التعاقد.

كما يمكن أن يكون الدفع موضوع تقسيطا للثمن على مراحل، نجد هذه الطريقة في عقودا التوريد وعقود الأشغال وكذا عقود المفتاح في اليد، ويكون هذا حسب الأعمال المنفذة[6]، يمكن أن يكون الدفع موضوع تسبيقات جزافية أو تسبيقات على

1 - الإعلان رقم 72 مؤرخ في 01 فيفري 1973 صادر عن وزير المالية.

2 - النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بالتوطين البنكي (باللغة الفرنسية).

3 - النظام رقم 07-01 ، المادة 11- **يمكن لكل بنك أو مؤسسة مالية ، تحصل على ترخيص طبقا لأحكام الباب 4 من الأمر 03-11 ...أن يكتسب صفة وسيط معتمد للقيام بعمليات التجارة الخارجية والصرف- كما يتم الحصول على صفة الوسيط المعتمد في طار الاعتماد الذي يسلمه محافظ بنك الجزائر (المادة 12) والذي يكون موضع نشر في الجريدة الرسمية (المادة 13)-.**

4 - المادة 81 من النظام رقم 07-01.

5 - BOUADDIS.(A.W), **Le contrat d'engineering en Algérie,** op.cit, p86-87.

6 - Ministère De Finance, Appel D'offres National Et International Ouvert n°03, cahier des charges relatif à l'ameublement, art 27 CAUTIONNEMENT ET MODES DE REGLEMENT: le service contractant réglera le montant au moyen d'un lettre de crédit irrévocable et confirmée ….. Cette lettre sera ouverte comme suit:

- 15 % à titre d'avance …
- 65% à l'embarquement du matériel contre les documents suivants…
- 20% à la réception provisoire sur site à l'issue du montage.

- BOUADDIS.(A.W), op.cit, p:85.

التموين حسب أحكام قانون الصفقات العمومية، كما أن النظام رقم 07ـ01 في مادته 28 يسمح بكل وسيلة دفع معترف بها دوليا.

المطلب الثاني : خصوصية الضمانات المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد الأجنبي

إن ما يدفعنا لعرض مسالة الضمانات المالية المفروضة على المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر هو ما ميز مرسوم سنة 2010 فيما يتعلق بهذه الضمانات، ففيما أقرت المادة 2 من المرسوم 11ـ98 إلزامية النص على ضمانات مالية للصفقة الدولية[1]، كان للمادة 51 وكذا المواد 75 و95 الأثر البالغ في تمييز هذه الضمانات عن الكفالات المفروضة بمناسبة الصفقات الوطنية، من حيث كيفيات إصدارها وما ، ثم ما يتعلق بشروط منحها من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين(**فرع أول**)، الأمر الذي يطرح مسألة طبيعتها القانونية (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : كيفيات إصدار الضمانات المالية لصالح المؤسسات الأجنبية

ألزم المشرع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر بتقديم نفس أنواع الكفالات[2] التي يخضع لها المتعاملون الوطنيون، وهي على التوالي :

- كفالة التعهد والتي نصت عليها المادة 51 من المرسوم 10ـ236؛
- كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها ضمن المادة 75؛
- كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 95.

- AGENCE NATIONAL DES BARRAGES ET TRANSFERTS, CAHIER DES CHARGES TYPE AYANT POUR L'OBJET LE LANCEMENT D'UN APPEL D'OFFRES NATIONAL ET INTERNATIONAL RESTREINT POUR LA CONSULTATION D'UN MARCHE EN VUE DE L'ELABORATION DE L'ETUDE D'AVANT PROJET DETAILLEE …ARTICLE 6.7- REGLEMENT DES REMUNERATIONS
Les paiements seront effectués pour chaque mission comme suit :

- 40% après remise et approbation des rapports ou dossiers minutes par le Service Contractant.
- 50% après remise des rapports ou dossiers définitifs et approbation par le Service Contractant.
- 10% à la réception provisoire globale.

1 ـ المرسوم الرئاسي رقم 11ـ98 المادة 02 فقرتها 07 التي تعدل المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236 " **بغض النظر عن أحكام المادتين 97ـ الفقرتان 2و3ـ والمادة 100 من المرسوم، يجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة**" إعفاء المتعاملين الوطنيين من الضمانات المالية المبحث الثالث من الفصل الأول، ص: 43 وما يليها.

2 ـ تماثل الضمانات المالية المفروضة على المتعاملين الأجانب الكفالات المفروضة على المتعاملين الوطنيين من حيث الغرض منها وكذا قيمتها.

إلا أن صياغة هذه المواد فيما يتعلق بالكفالات المقدمة من طرف المؤسسات الأجنبية جعلتها تختلف عن تلك المقدمة من طرف باقي المتعاملين من حيث الجهة المصدرة للكفالة، إذ زال الغموض الذي أكتنف أحكام المرسوم 02-250 حول ما إذا كانت المؤسسات الأجنبية قادرة على الحصول على الكفالات المقدمة من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية، حيث أوجب المشرع أن تصدر الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري كما تشير إلى ذلك المادة 95" ...**الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنتك أجنبي من الدرجة الأولى**" ، في انتظار النموذج الذي سيصدر عن وزارة المالية تطبيقا لأحكام المرسوم 10-236 في شأن الكفالة التعهد [1] ، كفالة رد التسبيقات [2]، كفالة حسن التنفيذ [3].

وبما أن أحكام الصفقات العمومية لم تتضمن إجراءات وكيفيات إصدار الضمانات، فقد أطرت الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر هذا المجال لتعلقه بالتجارة الخارجية والمبادلات الدولية التي تجمع المتعاملين العموميين الجزائريين بالمؤسسات الأجنبية بموجب النظام رقم 93-02 [4]، الذي نظم كيفيات إصدار هذه الضمانات (**1**) وشروطها (**2**).

<u>1- كيفيات إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين:</u> بداية بعدم إلزامية الحصول على ترخيص من قبل البنك المركزي لإصدار الضمان من قبل البنك الخاضع للقانون الجزائري وهو الحكم الذي أرسته المادة 04 من النظام 93-02.

في حين أن نص المادة 3 الفقرة 02 يفرض وجود تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد، لذا فإن المشرع قد تبنى طريقة إصدار الضمانات غير المباشرة ***émission indirecte des garantie*** [5]، وهي الكيفية التي تضم أربعة أطراف المستفيد - المصلحة المتعاقدة- والبنك الضامن من جهة والبنك المصدر للضمان المقابل وعميله الآمر بالإصدار- المتعامل الأجنبي-.

---

1 - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تعدل وتتمم المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

2 - المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تعدل وتتمم المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

3- المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تعدل وتتمم المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

4 - النظام رقم 93-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي سنة 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

5 - GUESMI.A, **<u>Cautionnement et garantie autonome dans a pratique des banques algériennes</u>**, in BANQUE et DROIT, n°104 Novembre-Décembre, 2005, p:5.

والضمان المقابل يتمثل في طلب البنك الواقع بالبلد الأجنبي من مراسله في بلد المستفيد إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد، مقابل خطاب ضمان يصدره البنك الأجنبي لصالح البنك في بلد المستفيد والذي يسمى خطاب ضمان مقابل *Contre Garantie* [1].

2ـ <u>شروط إصدار الضمانات المالية من قبل البنوك الخاضعة للقانون الجزائري</u>: ألزم النظام 02ـ93 البنوك الوسيطة المعتمدة أن تضمن عقود الضمان التي تصدرها لفائدة المتعاملين الأجانب أن تحتوي على تاريخ إصدارها وتاريخ استحقاقها، لأجل ذلك صدرت التعليمة رقم 94ـ05 [2] إذ تشترط المادة 06 من التعليمة على أن" **عقود الضمان والضمان المقابل تبقى صالحة من تاريخ نفاذها حتى تاريخ استحقاقها الذي لا يمكن أن يتجاوز 6 أشهر من تاريخ انتهاء الالتزامات التعاقدية المضمونة بموجب هذه العقود**".

كما أن اللائحة رقم 16ـ96 المتعلقة بموضوع الضمان والضمان المقابل تفرض على البنوك الوسطاء المعتمدين إعذار المستفيد من الضمان بوثيقة غير قضائية قبل التخلي عن التزامها بالضمان في حال انقضاء مدة استحقاقها [3].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للضمانات المالية المقدمة من قبل المؤسسات الأجنبية

إن مثل هذه الشروط المفروضة على البنوك في إصدار الضمانات المالية تختلف عن تلك التي تنص عليها أحكام الكفالة في القانون المدني أو حتى تلك التي يمنحها صندوق ضمان الصفقات العمومية، والتي تقترب أكثر من شروط الضمانات المستقلة والتي تختلف عن الكفالة في أن هذه الأخيرة عقود تابعة للعقد الأصلي ـ الصفقة ـ.

---

1 - KLEIN-CORNEDE.J, <u>**La pratique des garanties bancaires dans les contrats internationaux**</u>, Paris, AFB, 1999, p: 62.

2 - Instruction n°05-94 du 04 février 1994 portant modalité d'application du règlement n°93-02.l' art 2 " **les actes de garantie et contre garantie définis à l'article 1er du règlement n° 93-02 émis par les Banques intermédiaires Agréés au titre d'engagements contractuels concernent notamment les garanties et contre garanties:**

- **d'offres ou de soumissions;**
- **De remboursement d'acomptes ou d'avances;**
- **De bonne fin ou de conformité…"**

3 - NOTE AUX BANQUES INTERMEDIAIRES AGREES? N°16-96 DU 27 OCT 1996 OBJET: Garanties et contre garantie **"… les banques intermédiaires agréés sont appelés à mettre en application une procédure extrajudiciaire (mise en demeure) afin de se décharger desdits actes vis-à-vis de leur clientèle respective"**.

والضمانات المستقلة تعرف بأنها التزام بدفع مبلغ معين لضمان تنفيذ عقد أساسي، إلا أنه يشكل التزاما مستقلا عن العقد الأصلي، وتتميز بعدم إمكانية الدفع بالحجج المتعلقة بالعقد الأصلي[1].

رغم أن المادة 106 من القانون المدني أرست مبدأ حرية التعاقد وضبطتها بعدم مخالفة النظام العام، كما أن مبدأ تبعية الضمانات للعقد الأصلي ليس من النظام العام، إلا أنه لا يوجد نص صريح يضفي إمكانية استقلالية الضمانات.

إضافة إلى أن القضاء الذي لعب دورا هاما في إرساء قواعد هذا النوع من الضمانات في بعض البلدان كالقضاء الفرنسي مثلا، إلا أنه في الجزائر لم يكن له مثل هذا الدور، ولم يرد في هذا الشأن على قضية واحدة تتلخص وقائعها في إمكانية امتداد بند التحكيم *clause d'arbitrage* الموجود في العقد الأصلي إلى عقود الضمان والضمان المقابل المبرمة بين بنك القرض الشعبي الجزائري *CPA* والبنك التجاري الفرنسي *CCF* على التوالي، لفائدة شركة *SONATRAM* المتعاقدة مع الشركة الفرنسية *Smig-Gallia*، بتاريخ 06-07-1988 قرر القسم التجاري لمحكمة الجزائر بعد طلب القرض الشعبي الجزائري بدفع مبلغ الضمان بعدم امتداد بند التحكيم الذي يتضمنه العقد الأصلي لعقود الضمان، إلا أن المجلس القضائي وبعد استئناف البنك التجاري الفرنسي للقضية أقر مبدأ تبعية الضمانات للعقد الأصلي؛ واعترافها بنوع واحد من الضمانات هو الكفالات، حكمت بعدم الاختصاص الذي يؤول إلى غرفة التجارة الجزائرية التي اختيرت كمحكم ضمن العقد الأصلي[2].

كخلاصة لما سبق ذكره وفي انتظار نصوص قانونية تفصل في مسألة الطبيعة القانونية الضمانات المالية المقدمة من طرف البنوك في مجال الصفقات الدولية، نرى أن هذه الضمانات تشكل نوعا من الكفالات التي تتميز بنوع من الاستقلالية تختلف عن تلك المنظمة في إطار القانون المدني والمفروضة على المتعاملين المحليين سواء ومتعاملين وطنيين أو مؤسسات أجنبية كائنة بالجزائر.

---

1 - KLEIN-CORNEDE.J, **La pratique des garanties bancaires dans les contrats internationaux**, op.cit, p:62.
2 - GUESMI.A, **Cautionnement et garantie autonome dans a pratique des banques algériennes**, op.cit, p:10.
- Deuxième journée parlementaire sur le droit bancaire" **Les garanties à première demande en droit algérien**", Conseil de la nation, 14 Mars 2006.

المطلب الثالث : تسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب

تنص المادة 62 من مرسوم سنة 2010 إلى وجوب أن تتضمن الصفقات على العديد من البيانات خاصة تلك المتعلقة بالقانون المطبق وشرط تسوية الخلافات، ويبدو أنه يجب أن توضع هذه العناصر في الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب، والتي قد تكون من أبرز الضمانات التي تستفيد منها المؤسسات الأجنبية في تعاملها مع المصلحة المتعاقدة.

ومن الآليات التي تبناها المشرع الجزائري في حل المنازعات الناشئة عن الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب التحكيم التجاري الدولي (**فرع أول**) ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08-09[1]، الذي أفصح فيه عن نيته صراحة في إمكانية لجوء الهيئات الإدارية للتحكيم، كما أن مسالة القانون المطبق على الصفقة العمومية تقتضي وقفة لارتباطها الوثيق بهذا النمط من الصفقات (**فرع ثاني**).

الفرع الأول : التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية الدولية

يجمع الفقه على أن التحكيم[2] عدالة من نوع خاص تنزع بموجبها الخلافات من ولاية القضاء العام في الدولة لتكون من اختصاص مجموعة أشخاص أو هيئات تناط بها مهمة فض هذه المنازعات[3].

كما سبق القول أفصح المشرع ضمن المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية[4]، وهذا بعد تردد أكتنف موقفه في مسألة خضوع الأشخاص

---

1 - القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

2 - التحكيم لغة هو طلب الفصل في المنازعة سواء عن طريق قضاء الدولة أو عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها ، محمد السيد عمر التحيوي، **التجاء الجهات الإدارية للتحكم الاختياري في العقود الإدارية**، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص:04-05.

3 - أحمية سليمان، **النظام القانوني للعقود المبرمجة وتطبيقاتها في الجزائر**، المرجع السابق، ص: 134؛ يعرفه كل من الفقيهان ألفريد برنال ومارسيل هوبس بأنه "**نوع من الحل للنزاعات يلقى أساسه في الاتفاقيات ويصل إلى حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه**".

4 - AKROUNE.Y, **LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS: Un phénomène en constante expansion en Algérie**, in le journal de DROIT des affaires, N°04/08, 2008, pp:52-66.

المعنوية للتحكيم من عدمه طيلة عقود من الزمن (1)، إذ حيث نظم مسألة التحكيم في مختلف العقود الدولية ومنها الصفقات(2) .

1. موقف الجزائر من التحكيم: مر موقف المشرع من اتفاقات التحكيم التي تبرمها الأشخاص المعنوية بمناسبة العقود التي تبرمها بمراحل عدة يكمن تقسيمها إلى ثلاث مراحل:

1.1. المرحلة الانتقالية من 1962 إلى غاية 1969: خلال هذه الفترة تناولت العديد من النصوص القانونية مسألة التحكيم في المنازعات التي تثار بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية، أولها يمتد إلى الفترة الاستعمارية وتحديدا قانون البترول الصحراوي لسنة 1958، في حين شكل إعلان مبادئ التعاون من اجل استثمارات باطن الأرض بالصحراء من اتفاقية أيفيان سنة 1962 امتداد للقانون المذكور ترخيصا منه بجواز التحكيم[1]. تطبيقا لنص اتفاقية إفيان صدر المرسوم رقم 36-364 والذي تحيل مادته الأولى إلى الباب الرابع من الإعلان السابق الذكر فيما يخص عمل محكمة التحكيم[2].

كما لا يمكن تجاهل كل من اتفاقية التعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية المشتملة على نظام التوفيق ونظام التحكيم[3].

2.1. مرحلة صدور القرار المتعلق بتأميم البترول والمحروقات 24 أفريل 1971: ففيما يخص مجال المحروقات فقد تم إخضاع كافة المنازعات للقانون الوطني [4]، في حين بدأ الإطار التشريعي للصفقات العمومية يتبلور إذ صدر الأمر رقم 67-90 الذي تعرض لمسألة حل المنازعات بالطرق الودية أو اللجوء إلى المحاكم، ثم تلاه أمر سنة 1974 الذي أجاز عدم تطبيق هذا القانون فيما يخص صفقات التجهيز[5].

أما المرسوم 82-145 فقد أشارت المادة 55 منه على ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على الصفقة العمومية فيما سار على نفس النهج المرسوم التنفيذي رقم

1 - MAHIOU.A, **Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie**, in MUTATIONS, n°44-02/03, 2003, p: 12-17.

2 - BENCHENEB.A, **Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**, op.cit, p:293.

3 - Op. cit, p:299.

- عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية**، المرجع السابق، ص: 326-237.

4 - MAHIOU.A, **Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie**, op.cit.

5 - المادة 07 من الأمر رقم 74-09 المؤرخ في 30 جويلية 1974 يتضمن تعديل الأمر رقم67-90 المتضمن قانون الصفقات، جريدة رسمية عدد 13، صادرة بتاريخ 12 فبراير 1974.

434-91، وتجدر الإشارة أن التعليمة الوزارية لسنة 1982 تجيز للأشخاص الاعتبارية التابعة للدولة خضوعها لذات النظام الذي يحكم تصرفات الشركات الخاصة[1].

3-1- مرحلة الإصلاحات الاقتصادية: يبدو أن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1983 الذي اعترفت فيه الجزائر بقبول التحكيم التجاري الدولي في معاملاته هو منعرج لقبول فكرة التحكيم في العقود الاقتصادية الجزائرية[2] ومنها الصفقات العمومية، حيث توالت القوانين وكذا الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف والثنائية المبرمة في هذا المجال نوجزها في النقاط التالية:

- القانون رقم 88-01 الذي منح استقلالية للمؤسسات الاقتصادية خاصة في مجال فض منازعاتها طبقا للمادة 20 الفقرة 04[3]؛
- اتفاقيات الاعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية أبرزها تلك الموقعة مع الدولة الفرنسية، كذلك الاتفاقية بين دول المغرب العربي لضمان الاستثمارات الموقع عليها في الجزائر[4]؛
- انضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم وتنفيذها الجبري[5]؛
- صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والذي تبنى لأول مرة وبصراحة التحكيم الدولي[6].

---

1 - عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص: 329-330، على هذا الأساس نصت عدة عقود أبرمتها المؤسسات العمومية على شرط التحكيم لفض المنازعات.

2 - المرجع نفسه، ص:330.

3 - تنص المادة 20-04 على أنه" تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ..... كما يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم المادة 442 من الأمر رقم 66-154".

4 - TERKI.(N.E), **Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international**, in MUTATION, n°44—02/03, pp: 18-21.

5 - تم الانضمام بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية الاعتراف القرارات التحكمية التحكمية الأجنبية المتحدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك المؤرخ في 10 جوان 1958.

6 - المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 08 جوان1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 27، صادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

في حين استمرت تنظيمات الصفقات العمومية على جواز اللجوء إلى التحكيم من خلال فرض إدراج شرط القانون الواجب التطبيق وتسوية الخلافات من خلال المدة 51 من مرسوم 1991 والمادة 55 من مرسوم 2002 على التوالي.

إلا أن النص صراحة على جواز التحكيم في الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية لم يتم يكن صريحا حتى صدور القانون رقم 08-09 الذي بين ضمن فصله الباب الثاني من الكتاب الخامس كيفيات وشروط التحكيم.

2- تنظيم اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للقانون 08-09: يتضح من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الشأن أنه قد أوجب شروطا شكلية وموضوعية، حتى يكون شرط التحكيم والقرار الصادر بموجبه صحيحا:

1.2- الشروط الموضوعية: بداية بالمادة 1006 التي تجيز التحكيم في غير المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، كما أن المادة 1040 تنص على أن اتفاقات التحكيم تكون صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

كما أن المادة 1040 أرست مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي حيث لا يمكن الدفع بعدم صحة العقد الأصلي لإبطال شرط التحكيم.

2.2- الشروط الشكلية: تنص المادة 1008 على أن "**يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها**"، مع إلزامية أن يتضمن تعيين المحكم، أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم.

كما قد يرد اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع، ويسمى اتفاق تحكيم ويجب فيه ما يجب في شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي[1].

رغم إجازة التحكيم في قوانين الصفقات العمومية المتلاحقة والنصوص القانونية ذات الصلة بها إلى أن اللجوء إلى هذه الآلية قليل جدا، حيث أثبتت الدراسات

1 - القانون 08-09 المادة 1012- يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم...".

النسب الضئيلة من العقود التي لجأت إلى التحكيم مقارنة بالصفقات التي خضعت للقانون والقضاء الوطني، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للصفقات الممولة دوليا[1].

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب

بداية وجب القول أن إمكانية أو وجوب تعيين قانون واجب التطبيق في مجال الصفقات العمومية كان له مجال كبير للجدل في مسألة خضوع الصفقة التي تعد عقدا داخليا يخضع للقانون العام الداخلي[2].

ولئن كان للمصلحة المتعاقدة فرض اختيار القانون المطبق على العقد إذا ما كانت صفقاتها ممولة من الخزينة العمومية، فإن الأمر مختلف حين تكون هذه الصفقات ذات تمويل الدولي في إطار اتفاقات القرض.

ورغم أن المادة 1040 قد أباحت حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق أو القانون المنظم للعقد أو القانون الذي تراه محكمة التحكيم ملائما[3]، إلا أن القانون الوطني هو أكثر ملائمة حسب العديد من الأسس النظرية (**1**)، كما أشارت إلى ذلك الكثير من الحالات التطبيقية لمبدأ تطبيق القانون الوطني (**2**)، إلا أن ذلك لم يمنع من استبعاد هذا الأخير في بعض الصفقات التي ربطت المتعاملين العموميين بالمتعاملين الأجانب (**3**).

1ـ <u>الأسس النظرية لتطبيق القانون الوطني</u>: تأثرت مسألة تطبيق القانون الداخلي بألوان سياسية عدة، فمن الفقه المساند لمصالح الدول النامية كالجزائر من يرفض إخضاع كل العقود ذات الدولية إلى قانون غير قانون الدولة الطرف فيه، انطلاقا من سياسة تهدف إلى فرض الرقابة القانونية على المؤسسات الأجنبية، لذلك تتبع حد الميكانزمات التالية:

1.1ـ <u>الاختيار الصريح للقانون الجزائري</u>: وهو الأمر الشائع حدوثه في أغلبية العقود الدولية نذكر منها العقد المبرم بين ولاية تبسة ومؤسسة سامو الاسبانية الذي نص على تطبيق القانون الجزائري في المادة 15 منه، كذلك العقد المبرم بين الشركة

---

1 ـ علاق عبد الوهاب، <u>الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري</u>، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة محمد خيضر ، 2003ـ2004، ص:158.

2 - LEZZAR.N.E, **<u>Le régime juridique du contrat international dans le droit algérien,</u>** op.cit, p383.

3 - TERKI.(N.E), **<u>L'arbitrage commercial international en Algérie</u>**, OPU, Alger, pp: 100-105.

الوطنية لتسيير وتنمية الصناعات الغذائية وجنرال انبياتي الإيطالية بهدف توريد وتركيب مصنع لحفظ الخضراوات بالمحمدية وغيرها من العقود[1].

2.1- تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون ضبط وأمن: مما لا شك فيه أن المقصود من هذه الحالة أنه يجب تطبيق القواعد المتصلة بالنظام العام والآداب العامة، ليس فقط من أجل تطبيق قانون الصفقات العمومية إنما لسلسلة التنظيمات المرتبطة بالصفقة والتي تشكل في مجملها منظومة رقابية يأتي على رأسها استيفاء الضرائب من المتعامل المتعاقد الأجنبي، دفع الأجور، التأمين على المشروع، اقتطاعات الضمان الاجتماعي، احترام التشريعات المتعلقة بتحويل الأموال من وإلى الخارج و احترام الظروف الاجتماعية للعمل ...إلخ[2].

2- دراسة تطبيقية للمبدأ في القانون الجزائري: بما أن مسالة القانون الواجب التطبيق تطرح أكثر في الصفقات الممولة دوليا، نعرض من خلال هذه النقطة على بعض المراسيم التي تم بموجبها الموافقة على اتفاقيات القرض المبرمة مع بعض الهيئات المالية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1.2- المرسوم الرئاسي 92-449 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدول للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع تنمية الثروة الغابية[3]:

أعطى هذا المرسوم وكل ملاحقه الاختصاص كاملا للقانون الجزائري لاسيما المرسوم 91-434 وباشرت الرقابة اللجان المختصة، أوكلت مهمة إعداد دفاتر الشروط وانتقاء الموردين ومنح الصفقة إلى الوكالة الوطنية للغابات والمعهد الوطني للأبحاث الغابية.

2.2- المرسوم الرئاسي 93-111 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع الاسكان وتطويره[4]:

أعطى الأولوية لتطبيق المرسوم 91-434 وأوكلت مهمة إعداد دفاتر الشروط للوزارات المذكورة ضمن المرسوم : الداخلية، الاقتصاد والبنك الجزائري للتنمية ودواوين الترقية والتسيير العقاري.

1- علاق عبد الوهاب، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص:162.

2- المرجع نفسه، ص:162 .

3- جريدة رسمية عدد 88، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1992.

4- جريدة رسمية عدد 31، صادرة بتاريخ 12 ماي 1993.

3.2- المرسوم الرئاسي 94-420 المتضمن الموافقة على القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع إصلاح أنظمة التزود بالمياه الصالحة للشرب والتطهير[1]: تواصلت السياسة التشريعية على إعطاء اختصاص إبرام الصفقات للوكالة الوطنية لتسيير المياه الصالحة للشرب شريطة موافقتها لتعليمات البنك الدولي.

رغم أن هذه النصوص وغيرها قد نصت على تطبيق القانون الجزائري خاصة المرسوم 91-434، إلا أنها استبعدت لجان الرقابة المعروفة وعلى رأسها اللجنة الوطنية للصفقات العمومية من دراسة أي صفقة، كما لم تتوان المؤسسات المقرضة عن إصدار تعليماتها بخصوص مثل هذه الصفقات، رغم أن هذه القروض مضمونة من قبل الحكومة الجزائرية[2].

إن التشديد على تطبيق القانون الوطني غالبا ما ينبع من أسباب حب الذات والوطنية دون اعتبار لمحتوى القوانين المعنية الأخرى كقانون العقد والقانون الدولي، لذا كان من الأسباب الموضوعية ما يدفع إلى استبعاد مبدأ تطبيق القانون الوطني.

3- استبعاد تطبيق القانون الوطني: إضافة إلى بعض الأحكام المستبعدة من بل تعليمات الهيئات المالية المقرضة، فقد حدث وإن استبعد القانون الوطني لصالح تعليمات البنك الدولي في كثير من الصفقات من خلال أحكام اتفاقات القرض المبرمة معها، وذلك لعدم تطابق أحكام قانون الصفقات العمومية مع تعليمات البنك الدولي في هذا الشأن، خصوصا في مسائل[3]:

- المعاملة التفضيلية للمتعاملين الوطنيين خاصة في ظل المرسوم 82-145 الشيء الذي يتعارض مع المعايير المنتهجة من قبل مؤسسات التمويل الدولية، وهو المبدأ الذي انحسر تحت وطأت هذه التعليمات بتقليص هامش الأفضلية إلى 15% والذي تستفيد منه حتى المؤسسات الأجنبية؛ إذا ما كونت تجمعا مع المؤسسات الوطنية؛
- عجز في ما يخص تقييم العروض؛
- اختلاف من حيث مبادئ منح الصفقات العمومية بين القانون الجزائري وتوجيهات البنك الدولي؛

1- جريدة رسمية عدد 81، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1994.

2- بن قلفاط مايا، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري المرجع السابق، ص: 83.

3 - BENNADJI.Ch, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, op.cit, p:607.

- الغموض الذي يكتنف طبيعة ونظام عقود الدراسات والمساعدة التقنية.

الأمر الذي جعل البنك الدولي يفرض لجوء هذه الأخيرة إلى الملف النموذجي المعد من قبل البنك الدولي[1] والذي يجب أن تستند إليه الإدارات الوطنية أثناء إعداد دفاتر الشروط، وبالتالي تم استبعاد القانون الوطني في اتفاقات قرض مثل[2]:

- المرسوم الرئاسي 89-121 المؤرخ في 18 جويلية 1989 المتعلق بتمويل مشروع التكوين المهني؛
- المرسوم الرئاسي 91-49 المؤرخ في 23 فيفري 1991 المتعلق بتمويل مشروع المساعدة التقنية.

كخلاصة وجب على المشرع أن يتخذ موقفا واضحا من مسألة القانون الواجب التطبيق في الصفقات العمومية، بالرغم من أن تمويل كافة الصفقات العمومية التي أبرمت في الفترة اللاحقة على المرسوم 02-250 كانت بتمويل وطني نتيجة مخططات التنمية التي طرحت من قبل الحكومة بسبب انتعاش أسعار المحروقات، إلا أنه لا يمكن استبعاد لجوء الجزائر إلى المؤسسات المالية الدولية كما حدث في فترة سابقة من الحياة الاقتصادية للبلاد، الأمر الذي دفعها لإجراء إصلاحات وإعادة هيكلة مع هذه المؤسسات والتي أحدثت شرخا اجتماعيا هائلا وتغيرا جذريا في المنظومة القانونية الوطنية[3]، إذ لابد من تنظيم هذا الموضوع بما يحفظ المصالح الاقتصادية للبلاد والتزاماتها الدولية في ظل الحاجة للخدمات المقدمة من قبل المؤسسات الأجنبية.

---

1 - BENNADJI.Ch, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, op.cit, p:608, **"… sous le titre assez (1.4 et 1.11) l'applicabilité des directives, il est énoncé que ces directives s'appliquent à tous le marchés de travaux et fournitures que ceux-ci soient financés intégralement ou en partie sur les fonds provenant du prêt"**.

2 - بن قلفاط مايا، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري** المرجع السابق، ص:102-103، القرار الوزاري الصادر في 15 ماي 1988 في مادته 12 ينص على عدم خضوع هذا النوع من العقود إلى الرقابة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

3 - علاق عبد الوهاب، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، المرجع نفسه، ص:172.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال تقدم يتضح أن نظام الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الأجانب يتمتع بخصوصية تختلف عن تلك التي تخضع لها المؤسسات الكائنة بالجزائر وإن كان مفهوم المتعامل المتعاقد لم يول الأهمية اللازمة من قبل المشرع.

كما أن المشرع متردد في تطبيق مبادئ الصفقات العمومية بشكل واضح من أجل خلق مساواة بين المتعاملين في إطار منافسة تسمح للمتعامل الذي يقدم أحسن العروض يحوز الصفقة العمومية، والدليل على ذلك هو زيادة هامش الأفضلية الذي كان معقولا لحد ما إذا ما كان ذلك لأجل مشاركة المؤسسات الوطنية في إطار العقود المطروحة.

زيادة على كل الشروط المفروضة على المؤسسات الأجنبية أضاف المرسوم الرئاسي رقم 10ـ236 شرط الالتزام المسبق بالاستثمار وجعل منه شرطا لقبول تعهد المؤسسة الأجنبية في مرحلة تقييم العروض، ورتب عليه جزاءات حين مخالفة هذا الالتزام من قبل هذه الأخيرة.

أما عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع هذا النمط من المتعاملين فهو يمتاز بنوع من الخصوصية من حيث الضمانات المالية التي أصبحت أشد صرامة لحماية المؤسسات المالية الجزائرية، في حين يبقى تحديد القانون الواجب التطبيق وإدراج بنود التحكيم من الضمانات التي قد تفيد منها المؤسسات الأجنبية في منازعاتها مع المصلحة المتعاقدة.

خاتمة

ختاما لهذا العمل وبعد دراسة العديد من الجوانب المتعلقة بمكانة المؤسسات الأجنبية ضمن الصفقات العمومية ضمن تحليلا ومقارنة بين مختلف التنظيمات التي حكمت هذا المجال، فإن المؤسسات الأجنبية لا تزال تتمتع بمكانة لا يمكن للمصلحة المتعاقدة بأي حال من الأحوال الاستغناء عن ما تملكه من مؤهلات تقنية وفنية، رغم التردد الذي يشهده تنظيم الصفقات العمومية في هذا الشأن من فترة لأخرى،.

من **النتائج** المتوصل ليها من خلال هذه الدراسة فيما يتعلق بالصفقات المبرمة مع المؤسسات الكائنة بالجزائر التراجع الذي ميز النمط من المتعاملين في مجال الصفقات العمومية، فبعد أن ظلت على مدار ثلاث عقود من الزمن تتمتع بأسبقية ومعاملة وطنية في الحصول على صفقات عمومية، إلا أنها في ظل مرسوم 2010 لم تعد تحظى بهذه المكانة لفقدها أمكانية الاستفادة من هامش الأفضلية المقرر لمصلحة المؤسسات الجزائرية دون غيرها، من جهة ثانية فإن السنوات المقبلة قد تشهد غيابا كليا للمؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر تحت تأثير الإجراءات المتخذة في مجال الاستثمار الأجنبي خاصة تلك التي تضمنتها أحكام قانوني المالية لسنتي 2009 و9010 على التوالي، في حين بقيت تمتع مزايا عديدة كالمساهمة في الصفقات المبرمة وفقا لإجراء المزايدة وإمكانية مساهمتها في الصفقات كمتعامل ثانوي.

ولئن لم نلمس الكثير من التغيير في مكانة المؤسسات المستقرة بالجزائر عدا ما تقدم ، إلا إن موقف المشرع من مكانة المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر أو المتعاملين الأجانب في مجال الصفقات العمومية فيه من التردد والتذبذب، من خلال النصوص القانونية المتعاقبة في هذا الشأن، فبعد أن كانت مساهمة هذه المؤسسات في نوع واحد من الصفقات العمومية ضمن أمر 1967، أصبح للمتعاملين الأجانب مكانة أوسع وأشمل ضمن النصوص اللاحقة له، حتى وإن لعب مبدأ الأفضلية دورا في جعلها تتذيل ترتيب المتعاملين المتعاقدين، إلا أن نصيبها من الصفقات المطروحة يكاد يكون الأفضل بين باقي المتعاملين إن لم نقل أنها حظيت بحصة الأسد ضمن مخططات التنمية المطروحة من قبل الحكومة، إلا أن الملفت للانتباه هو أحكام مرسوم 2010 التي ستساهم في انحسار محسوسا لمكانة المؤسسات الأجنبية نتيجة الإجراءات المتخذة لترقية

مشاركة المؤسسات والإنتاج الوطنيين في تلبية الطلبات العمومية، مما دفع البعض بوصفه بالعودة للوطنية والحماية الاقتصادية[1] ، يتضح ذلك من خلال:

- تشجيع المصالح المتعاقدة على اللجوء إلى تجزئة المشاريع من اجل تمكين المؤسسات الجزائرية من المشاركة في أنجاز برامج الاستشارات العمومية؛
- رفع الهامش الأقصى للتفضيل المعترف به للمؤسسة المحلية التي تكون غالبية رأسمالها وطنية وللمنتوجات والخدمات المحلية خلال تقييم عروض الصفقات العمومية وذلك من 15% إلى 25% ؛
- إلزامية اللجوء إلى المناقصة الوطنية حين يكون الإنتاج الوطني والأداة الوطنية قادرين على تلبية حاجيات الجهة المتعاقدة.

كما يبقى الشرط الذي أوجبه قانون المالية التكميلي لسنة 2010 وتبناه المرسوم الرئاسي 10-236 ضمن أحكام المادة 24 بتضمين دفاتر شروط المناقصات الدولية التزام المؤسسة الأجنبية التي تقدم عرضا للحصول على صفقة عمومية أن تتعهد بالاستثمار في نفس موضوع الصفقة، في إطار شراكة مع متعاملين وطنيين شريطة أن يمتلك هؤلاء أغلبية رأسمال الشركة الناتجة عن هذه الشراكة، إضافة إلى استبعاد كل مؤسسة لا تتعهد بالاستثمار في مرحلة تقييم العروض، أو الإقصاء حين عدم الوفاء بالتزامها بعد رسو الصفقة عليها، هذا إضافة إلى باقي الشروط المتعلقة بحصولها على تأهيل كاف وتقديم للضمانات الكافية لإنجاز موضوع الصفقة.

الجلي أن نية الحكومة هو جلب استثمارات أجنبية بعد أن تدنى عدد الاستثمارات المباشرة في الفترة التي أعقبت الإجراءات المتخذة في هذا المجال خاصة تلك التي تضمنتها قوانين المالية لسنتي 2009 و2010 على التوالي، وذلك باستخدام الصفقات العمومية كوسيلة ذلك نظرا لما يرصد للصفقات الدولية من أغلفة مالية هائلة.

بطبيعة الحال بما أن المرسوم الرئاسي 10-236 حديث الصدور والحالات التطبيقية التي خضعت له لا تكاد تذكر، إلا أن الفترة القادمة ستكون امتحانا حقيقيا

1 - Le code des marchés publics le retour au nationalisme et protectionnisme économique.

للمؤسسات الجزائرية في معرفة حدود طاقاتها الإنتاجية والتمكن من تجسيد تكنولوجيا جديدة في مواجهة منافسة المؤسسات الأجنبية، حتى ذلك الحين يبدو انه لا غنى عن المتعامل الأجنبي على الأقل طوال فترة الخطة الخماسية، مع توقعات لاستيراد 38.6 مليار دولار مما يشكل فرصة ثمينة للمتعاملين الأجانب[2].

أخيرا ستحدد السنوات المقبلة ما إذا كانت الحكومة قد قدرت بصورة حسنة مكانة المؤسسات الأجنبية في الحياة الاقتصادية عامة وفي مجال الصفقات العمومية خاصة في دفع المتعاملين الأجانب المهتمين بالسوق الجزائرية أن يطرقوا درب الشراكة التي تعود بالفائدة على جميع الأطراف من خلال الالتزام مقابل العقود التي يحصلون عليها بتحديث مؤسساتنا عبر استثمارات تعود بالخير العميم على الجميع[3].

2- Projet de la loi de finance pour l'année 2011 " mise en place des budgets pour plus de 60% des projet du quinquennal " " priorité aux entreprises algérienne, GRIM.N.E, El Watan ECONOMIE DU 11 AU 17 Octobre 2010.

3 ـ تصريح رئيس الجمهورية عقب بيان مجلس الوزراء المختتم بتاريخ 11-07-2010، جريدة الشعب بتاريخ 12-07-2010 أنظر كذلك نص البيان باللغة الفرنسية جريدة المجاهد بتاريخ 12-07-2010.



الملحق 01: نسخة من منشور اللجنة المركزية للصفقات العمومية الصادر سنة 1968.

الملحق 02: النظام رقم 07-01 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة.

الملحق 03: Répartition des commerçants étrangers par pays et des sociétés en 2008

الملحق 04: Répartition des sociétés étrangères par wilaya avant la LFC du 18 AOUT 2009

الملحق 05: قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

الملحق 06: جدول لأهم الأهم المحطات التي مرت بها آلية التسبيق في تنظيم الصفقات العمومية

الملحق 07: القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي.

الملحق 08: نموذج عن التعهد بالاستثمار بموجب القرار المؤرخ في 28 مارس سنة 2011.

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية

أولا: الدساتير:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم-438 96المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر سنة 1996 و المتعلق بإصدار نص تعديل دستور 1989، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر1996 ، جريدة رسمية عدد 76، صادرة تاريخ 08 ديسمبر 1996.

ثانيا: النصوص التشريعية والتنفيذية حسب الترتيب الزمني:

1ـ القوانين والأوامر:

1. القانون رقم 63ـ277 المؤرخ في 26 جويلية سنة 1963 يتضمن قانون الاستثمار، جريدة رسمية عدد 53، صادرة بتاريخ 02 أوت 1963 .
2. الأمر رقم 66ـ284 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1386 الموافق لـ 15 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون الاستثمار، جريدة رسمية عدد80، صادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1966.
3. الأمر رقم 67ـ90 المؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 17 يونيه سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 07 جوان 1967.
4. الأمر رقم 76ـ11 مؤرخ في 20 صفر عام 1931 الموافق لـ 20 فبراير سنة 1976 يتضمن تعديل الأمر رقم 67ـ90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد20، صادرة بتاريخ 09 مارس 1976.
5. الأمر رقم 71ـ84 المؤرخ في 11 ذو القعدة عام 1391 الموافق لـ 29 ديسمبر سنة 1974 يتضمن تعديل المواد 62ـ87ـ89 من الأمر رقم 67ـ90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد107، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1971.
6. الأمر رقم 74ـ09 المؤرخ 06 محرم عام 1394 الموافق لـ 30 جانفي سنة 1974 يتضمن تعديل الأمر رقم 67ـ90 المتضمن قانون الصفقات، جريدة رسمية عدد 13، صادرة بتاريخ 12 فبراير 1974.
7. الأمر رقم 75ـ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07ـ05 المؤرخ في 25 ربيع عام 1428 الموافق لـ 13 ماي سنة 2007، جريدة رسمية عدد 31، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

قائمة المصادر والمراجع

8. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06 فيفري سنة 2005، جريدة رسمية عدد 11، صادرة بتاريخ 09 فيفري 2005.

9. القانون 78-02 المؤرخ في 03 ربيع الأول عام 1398 الموافق لـ 11 فيفري سنة 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، جريدة رسمية عدد 07، صاردة بتاريخ 14 فيفري 1978.

10. القانون رقم 82-13 المؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1402 الموافق لـ 28 أوت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات ذات الاقتصاد المختلط وسيرها، جريدة رسمية عدد 35، صادرة بتاريخ 31 أوت 1982.

11. القانون رقم 88-01 المؤرخ 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 جانفي سنة 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.

12. الأمر 90-10 المؤرخ في 19 رمضان لعام 1410 الموافق لـ 14 أفريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990.

13. الأمر 95-06 المؤرخ في 08 رمضان عام 1415 الموافق لـ 25 جانفي سنة 1995 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09، صادرة بتاريخ 22 فيفري 1995.

14. الأمر 95-22 المؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق لـ 26 أوت سنة 1995، المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، جريدة رسمية عدد48، صادرة بتاريخ 03 سبتمبر 1995.

15. الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق لـ 10 جانفي سنة 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، جريدة رسمية عدد 03، صادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.

16. الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 01 جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية عدد 47، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

17. الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 01 جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها ، جريدة رسمية عدد 47 ، صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

18. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة 2003، جريدة رسمية عدد 43، صادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

قائمة المصادر والمراجع

19. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 المرافق لـ 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

20. الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فيفري سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته – المعدل والمتمم - ، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

21. القانون رقم 08-02 المؤرخ في 21 رجب عام 1429 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2008 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008 ، جريدة رسمية عدد 42، صادرة بتاريخ 27 جويلية 2008.

22. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

23. القانون رقم 08-11 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 جوان سنة 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وضعية الأجانب، جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 02 جويلية 2008.

24. القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 02 يوليو2008.

25. الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 جويلية سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جويلية 2009.

26. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر لعام 1430 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

27. الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق لـ 26 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 29 أوت 2010.

28. القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 جوان سنة 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، صادرة بتاريخ 03 جويلية 2011 .

29. القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق لـ 21 فيفري سنة 2012 المتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

قائمة المصادر والمراجع

2ـ المراسيم:

1. المرسوم رقم 75ـ111 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 27 سبتمبر سنة 1975 المتعلق بالحرف التجارية والصناعية والحرفية والمهن الحرة الممارسة من قبل الأجانب على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد 82، صادرة بتاريخ 14 أكتوبر 1975.

2. المرسوم رقم 82ـ145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية لعام 1402هـ الموافق لـ 10 أفريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي-المعدل والمتمم-. جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.

3. المرسوم رقم 88ـ233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية الاعتراف القرارات التحكمية الأجنبية المتحدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك المؤرخ في 10 جوان 1958.

4. المرسوم التنفيذي رقم 91ـ343 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 09 نوفمبر سنة 1991 المتضمن تنظيم الصفقات- المعدل والمتمم-. جريدة رسمية عدد 57، صادرة بتاريخ 8 نوفمبر 1991.

5. المرسوم الرئاسي رقم 92ـ449 المؤرخ في 11 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 06 ديسمبر سنة 1992 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدول للإنشاء والتعمير لتمويل المشروع النموذجي للتنمية الغابية وتهيئة أحواض السفوح. جريدة رسمية عدد 88، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1992.

6. المرسوم الرئاسي رقم 93ـ111 المؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 09 ماي سنة 1993 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع الإسكان وتطويره، جريدة رسمية عدد 31، صادرة بتاريخ 12 ماي 1993.

7. المرسوم التشريعي رقم 93ـ09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66ـ154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 27، صادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

8. المرسوم التشريعي رقم 93ـ12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني لعام 1414 المواقف لـ 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية عدد 64، صادرة بتاريخ 10 أكتوبر1993.

9. المرسوم الرئاسي رقم 94ـ420 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1415 الموافق لـ 03 ديسمبر سنة 1994 المتضمن الموافقة على القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع إصلاح أنظمة التزود بالمياه الصالحة للشرب والتطهير. جريدة رسمية عدد 81، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر1994.

قائمة المصادر والمراجع

10. المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1414 الموافق لـ 18 ماي سنة 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، جريدة رسمية عدد 32، صادرة بتاريخ 25 ماي 1994.
11. المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 16 صفر عام 1417 الموافق لـ 02 جويلية 1996 يتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها بموجب، جريدة رسمية عدد 41، صادرة بتاريخ 03 جويلية 1996.
12. المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 09 رمضان عام 1419 الموافق لـ 18 جانفي سنة 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري - المعدل والمتمم - ، جريدة رسمية عدد 05، صادرة بتاريخ 19 جانفي 1997.
13. المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق لـ 21 فيفري سنة 1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره – المعدل والمتمم -، جريدة رسمية عدد 11، صادرة بتاريخ 01 مارس 1998.
14. المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 جويلية سنة 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية - المعدل والمتمم -، جريدة الرسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 28 يوليو 2002.
15. المرسوم التنفيذي رقم 05-114 المؤرخ في 27 صفر عام 1426 الموافق لـ 07 أفريل سنة 2005 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 26، صادرة بتاريخ 10 أفريل 2005.
16. المرسوم رئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 27 أفريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالورنسيا يوم 22 أفريل 2002 وكذا ملاحقه من 1 إلى 06 وبروتوكولات من 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة، جريدة رسمية عدد 31 ، صادرة بتاريخ 30 أفريل 2005.
17. المرسوم التنفيذي رقم 06-454 المؤرخ في 20 ذو القعدة عام 1427 الموافق لـ 11 ديسمبر سنة 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا ومهنة حرة على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد 80، صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2006.
18. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

19. المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق لـ 1 مارس سنة 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 6 مارس 2011.

20. المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق لـ 18 جانفي سنة 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 4، صادرة بتاريخ 26 جانفي .2012.

3- قرارات – إعلانات- أنظمة- تعليمات:

1. قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية عدد 6، صادرة بتاريخ 19 جانفي 1965.

2. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1423 الموافق لـ 22 فيفري سنة 2003 يتعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 26 مارس 2003.

3. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 5 يونيو سنة 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 73 ، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2005.

4. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذو القعدة عام 1428 الموافق لـ 27 نوفمبر سنة 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات و الخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، جريدة رسمية عدد 77، صادرة بتاريخ 09 ديسمبر2007.

5. قرار مؤرخ في 18 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 23 مارس سنة 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

6. قرار مؤرخ في 18 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 23 مارس سنة 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

7. قرار مؤرخ في 18 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 23 مارس سنة 2011 يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

8. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

قائمة المصادر والمراجع

9. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011، يتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

10. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

11. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

12. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011 .

13. قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس سنة 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.

14. الإعلان رقم 72 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1391 الموافق لـ 01 فيفري سنة 1973 صادر عن وزير المالية، يتضمن تحديد إجراءات وطرق تحويل الأموال بعنوان العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية مع المؤسسات الأجنبية، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 27 فيفري 1973.

15. نظام رقم 90-03 المؤرخ في 18 صفر عام 1411 الموافق لـ 08 سبتمبر سنة 1990 يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها، جريدة رسمية عدد 45، صادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

16. النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بالتوطين البنكي (باللغة الفرنسية).

17. النظام رقم 93-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1413 الموافق لـ 3 جانفي سنة 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، صادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

18. النظام رقم 07-01 مؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق لـ 03 فيفري سنة 2007 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 31، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

19. تعليمة بنك الجزائر رقم 05-94 بتاريخ 04 فيفري 1994 تحدد كيفيات تطبيق النظام 93-02 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل .

20. تعليمة 22 ديسمبر 2008 إجراءات لتطهير التجارة الخارجية.

21. التعليمة الرئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009 والمتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد.

22. التعليمة الصادرة بتاريخ 21 ديسمبر 2009 المتعلقة بتنفيذ التعليمة الرئاسية رقم 03 في مجال الصفقات العمومية.

23. التعليمة الصادرة بتاريخ 05 جانفي 2011 بخصوص تنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المراجع والمصادر باللغة العربية

1- المراجع

1. بوضياف عمار، **الصفقات العمومية في الجزائر**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007 .

2. علوش قربوع كمال، **قانون الاستثمارات في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، (د.ت).

3. قدوج حمامة، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2006.

4. محمد السيد عمر التحيوي، **التجاء الجهات الإدارية للتحكم الاختياري في العقود الإدارية**، دار المطبوعات الجامعية، 2003.

5. نصيرة بوجمعة السعدي، **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

2- أطروحات ومذكرات

أطروحات دكتوراه

1. عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية- عقود المفتاح في اليد والمنتوج في اليد**، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

مذكرات ماجستير

1. أحمية سليمان، **النظام القانوني للعقود المبرمجة وتطبيقاتها في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة والمالية،معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.

2. بن قلفاط مايا، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001-2002.

3. بوشعير أمال، **تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009-2010.

4. عبد الغني بن زمام، **تمويل الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

5. عبيد ريم، **طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2005.

6. علاق عبد الوهاب، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيضر – بسكرة - 2003-2004.

7. عمار معاشو، **عقود المفتاح في اليد في التجربة الجزائرية**، مذكرة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1984.

8. لوز رياض، **دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومي**، رسالة ماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 .

3- محاضرات

1. الأستاذ بن ناجي الشريف، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأعمال، دفعة 2009-2010.

2. الأستاذة عكرون ياقوت، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأعمال، دفعة 2009-2010.

4- مقالات

1. بوشعير السعيد، **نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 27 ، 1986.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع والمصادر باللغة الفرنسية

I- OUVRAGES:

1. DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DEVOLVE Pierre, **Traité des contrats administratifs**, Tome 2, 2eme Edition, LGDJ, 1984.
2. BENCHENEB Ali, **Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**, OPU, ALGER ,1984.
3. BEAUGE Thierry, **Dictionnnaire de la commande publique**, Université Nice Sofia Antipolis, juin 2011.
4. KLEIN-CORNEDE Joanne, **La pratique des garanties bancaires dans les contrats internationaux**, Paris, AFB, 1999.
5. KOBTAN Mohamed, **LES marchés de l'opérateur public ou le réforme du droit des marchés publics**, étude du décret n°82-145 du 10-04-1982, OPU, Alger.
6. LEBOULANGER Philippe, **Contrats entre Etats et entreprises étrangères,** Economica, Paris, 1985.
7. Le nouveau petit Robert, **Dictionnaire de la langue française**, Edition le Robert 2003.
8. TERKI Nour Eddine, **L'arbitrage commercial international en Algérie**, OPU, Alger, 1999.
9. TERKI Nour Eddine, **Les sociétés commerciales**, AJED Edition, alger, 2010.
10. TRARI TANI.M; PISSOORT.W ET SAERENS.P, **Droit commercial international** ,Berti éditions, Alger 2007.
11. YVES BACHELOT, MICHEL VILLARD, JEAN–MICHEL ROMERO, **Droit et pratique des marchés publies de travaux**, Edition du moniteur, Paris 1981.

II- Thèses:

1. BENNADJI Cherif, **L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie**, thèse en vue de l'obtention de doctorat d'Etat en droit public, Institue du Droit et de Sciences Administratifs, Université d'Alger , 1991.
2. BLANC Gérard, **Le contrat international d'équipement industriel –l'exemple algérien-**, thèse de doctorat d'Etat en droit privé, université d'Aix, 1980.

3. EL-BEHERRY Mohamed Réfaat Ibrahim, **La théorie des contrats administratives et les marchés publics internationaux**, thèse pour le Doctorat en Droit, Institut du droit, Université Nice Sophia-Antipolis, Mars 2004.

4. KOBTAN Mohamed, **Le régime juridique des contras du secteur public**, Thèse pour le doctorat d'état, Institue de droit et des Sciences Administratives, Université d'Alger, 1982.

5. LAGGOUNE Walid, **Le Contrôle de L'État Sur les Entreprises Privées Industrielles en Algérie**, Thèse du Doctorat 1996.

6. LAGUERRE Alain, **Marchés Publics et Concurrence**, thèse de doctorat en droit, Université de Paris X, 1984.

7. PATRICE Reic, **La concurrence et les marchés publics**, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenue le 19 novembre1999.

8. TERKI Nour Eddine, **Les sociétés étrangères en Algérie**, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, institut des sciences Juridiques Politique et Administratives, Université d'Alger, 1975.

III- mémoires:

1. BOUADDIS Abd –ELWAHA, **Le contrat d'engineering en Algérie**, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'étude supérieure en droit privé, Université d'Alger, 1976.

2. DJAOUI Mohamed, **Le code des marchés publics est- il adapté au taches actuelles de l'administration?**, Mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'études supérieure en droit public, Université d'Alger, Mars 1976.

3. KEBACHE.(N.D), **Le statut juridique des travailleurs étrangers en Algérie**, Mémoire pour le diplôme de magister, Institue de droit et des Sciences Politique et Administratives, Université d'Alger.

IV- Articles:

1. AKROUNE Ykout, **LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS: Un phénomène en constante expansion en Algérie**, in le journal de DROIT des affaires, N°04/08, 2008.

2. Algérie autoroute, Editée par le Ministère des Travaux Publics, 06 rue Mustapha Khalef, Ben Aknoun, Alger.

3. BENNADJI Cherif, **La notion d'activités réglementées**, in le revue IDARA de l'ENA, Vol n°10, n° 2, 2000.

4. BENNADJI Cherif, **Marchés publics et corruption en Algérie**, in Revue Naqd, n°25, 2008.

5. BENNADJI Cherif, **Réflexion à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie**, in Le débat juridique au Maghreb " de l' Etatisme a l'Etat de droit"; étude en l'honneur de AHMED MAHIOU, Editions Publisud, Paris.

6. DOUKAKIS.V, **Le modèle keynésien dans l'optique des pays en voie de développement**, in revue Algérienne des Sciences Juridique Economiques et Politiques **(R.A.S.J.E.P)**, vol 10 n°2, Juin 1974.

7. GUESMI Amelle; GUESMI Ammar, **Patriotisme économique: investissement étrangère et sécurité juridique**, in L'Exigence et le Droit " Mélange en l'honneur de professeur ISSAD.M", Université d'Alger, Juin 2011.

8. GUESMI Ammar, **le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France**, in l'Algérie en mutation- les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, l'Harmattan 2001.

9. GEESMI.A, **Cautionnement et garantie autonome dans a pratique des banques algériennes**, in BANQUE et DROIT, n°104, Novembre - Décembre, 2005.

10. ISSAD Mouhand, **Loi du 28 Aout 1982 sur les sociétés d'économie mixte**, in (R.A.S.J.E.P), vol 21, n° 02, Juin 1984.

11. LAGGOUNE Walid, **La sous-traitance des marchés publics en Algérie**, In (R.A.S.J.E.P), vol 20, n°03, Mars 1983.

12. LAGUERRE Alain, **Le groupement momentané d'entreprises dans les marchés publics**, in Revue Marchés publics, n°259, Paris, Juillet – Aout 1991.

13. LEZZAR Nasr-Eddine, **Le régime juridique du contrat international dans le droit algérien: les réformes à reculons**, in L'Exigence et le Droit "Mélange en l'honneur de professeur ISSAD.M", Université d'Alger, Juin 2011.

14. MAHIOU Ahmed, **Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie**, in MUTATIONS, n°44-02/03, 2003.

15. MEZOUAGHI.M; TALAHITE.F, **Les paradoxes de la souveraineté économique en Algérie**, in confluences méditerranée n° 71.

16. Revue Contrats publics- l'actualité de la commande et des contrats publics, n°106, Janvier 2011.

17. TERKI Nour Eddine, **La sociétés d'économie mixte en droit algérien**, in (R.A.S.J.E.P), vol 25 N°03, sebtembre 1987.

18. TERKI Nour Eddine, **Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international**, in MUTATION, n°44-02/03, 2003.

19. TERKI Nour Eddine, **Les aspects juridiques de la privatisation de EPE**, in (R.A.S.J.E.P), n°03, 2008.

قائمة المصادر والمراجع

مصادر أخرى

1- الجرائد باللغة العربية

1- مقال بعنوان " تخصيص نسبة إجبارية من الصفقات العمومية للمؤسسات الوطنية" تصريحات وزير الداخلية الأسبق نور الدين يزيد زرهوني لجريدة الشروق اليومي الوطنية، بتاريخ 11 أفريل 2008.

2- مقال بعنوان " 30 شركة صينية تغادر الجزائر خلال أقل من سنة" ، جريدة الخبر 04 سبتمبر 2009.

3- مقال بعنوان "الجزائر تعلن حربا على مكاتب الدراسات الأجنبية وتفرض تصريحا بالنزاهة وعدم التورط في الفساد للحصول على صفقات عمومية"، كمال زايت ، جريدة القدس العربي بتاريخ 20 جانفي 2010.

4- بيان مجلس الوزراء المختتم بتاريخ 11 جويلية 2010 جريدة الشعب بتاريخ 12 جويلية 2010

5- مقال بعنوان " التساهل مع الشركات الأجنبية كلفها 50 مليار دولار... الجزائر تقرر مزيدا من الإجراءات لحماية اقتصادها وأموالها"، الخبير الاقتصادي بشير مصطفى أستاذ الاقتصاد في جامعة الجزائر في حوار مع جريدة العرب 16 يوليو 2010، عبر الموقع الإلكتروني www.alarab.co.uk.

6- مقال بعنوان " سوناطراك تلقت كتابات من شركات أجنبية تحفظت على مضمون المادة 24" عبد السلام .س، جريدة البلاد بتاريخ 22 فيفري 2011.

7- مقال بعنوان "الحكومة تخفف إجراءات منح الصفقات للأجانب أعادت النظر في إلزامية الاستثمار مقابل الفوز بالعقود العمومية " سليم بن عبد الرحمن،الخبر اليومي 12 مارس2011.

8- مقال بعنوان " وزير الطاقة السابق أمر بتجميد مناقصات الشركات الأجنبية غير المؤهلة بمجرد انطلاق التحريات" ، إيمان عيلان، جريدة النهار ، بتاريخ 02 أكتوبر2011.

2- الجرائد باللغة الفرنسية

1. LES CHIFFRES DU REGISTRE DU COMMERCE Plus de 4.400 entreprises étrangères en Algérie " par Mohamed.M, Le Quotidien d'Oran du 3 mai 2007.

2. l'UE demande l'annulation des mesures Ouyahia" M.SAADONE, le Quotidien d'Oran, quotidien d'oran.com, 27juillet 2009.
3. Limiter le recours aux bureaux d'études étrangers, OUKAZI.G, Le Quotidien d'Oran le 20 jenvier 2010.
4. Loi de LFC pour 2010 " le droit de préemption entre autres" (IV), HADJ-ALI.S, ELWATAN Economie du 11 au 17 octobre 2010.
5. Les entreprises étrangères bénéficient d'une bonne longueur d'avance, BOUTALEB.K, El Watan ECONOMIE, le 19 du 25 juillet 2010.
6. Relévement de la marge de préférence nationale " QUEL INTÉRÊT POUR LES PME EN DIFICULTÉS CHRONIQUES?", BERKOUK.S, El Watan ECONOMIE du 19-25 juillet 2010.
7. Les marchés publics: Le Blog référence de l'actualité des Marchés Publics en Algérie, LFC 2010 - Soutien de « principe » du privé à l'obligation de partenariat avec des locaux le financier mardi 28 septembre 2010.
8. Projet de la loi de finance pour l'année 2011 " mise en place des budgets pour plus de 60% des projet du quinquennal " " priorité aux entreprises algérienne, GRIM.N.E, El Watan ECONOMIE DU 11 AU 17 Octobre 2010.
9. Loi de LFC pour 2010 " le droit de préemption entre autres" (IV), HADJ-ALI.S, ELWATAN Economie du 11 au 17 octobre 2010.
10. LA PREFERENCE NATIONALE NE CONSTITUE PAS UNE GARANTIE D'ATTRIBUTION DES MARCHES» Propos recueillis par Nora Boudedja, El Watan ÉCONOMIE - Du 14 au 20 novembre 2011.
11. Rapport du Centre national du registre du commerce algérien et confirmation de l'implantation étrangères, D.Akila, El Moudjahid du 18 juillet 2011.
12. Sociétés étrangères présentes en Algérie: La formation des travailleurs, une obligation, LE FINANCIER

3ـ مواقع إلكترونية

1. www.ANDI.dz
2. www.tsa-algerie.com
3. www.Forum-chantiers.com

الـفـهـرس

الفهرس

الفهرس